

בית המשפט המחוזי בנצרת בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 33228-08-17 ש.ז.ת. אולמי אירועים בע"מ נ' ועדת ערר לתכנון ובניה מחוז הצפון ואח'

לפני כבוד השופט יונתן אברהם

העותרת ש.ז.ת. אולמי אירועים בע"מ, ח.פ. 511655409

ע"י ב"כ עוה"ד איל מאמו ויגאל יוסף

נ ג ד

המשיבות 1. ועדת ערר לתכנון ובניה מחוז הצפון

ע"י פרקליטות מחוז צפון

2. הועדה המקומית לתכנון ובניה קריית שמונה

ע"י עו"ד משה רותם

3. עיריית קריית שמונה - נמחקה

4. בן רז השקעות בע"מ, ח.פ. 511238602

ע"י עוה"ד שלום זינגר ושני זינגר

חקיקה שאוזכרה:

תקנות התכנון והבניה (סטייה ניכרת מתכנית), תשס"ב-2002: סע' 2(16), 9(א)

חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965: סע' 12ב, 148, 148(א), 148(ה1), 148(ה2), 148ה(ב), 145(א), 147, 149, 149א.1, 149א.2, 149(א)(א2)(א), 149(א)(א), 151, 151(ב), 151(ב1), 151(ג), 151(ד), 151ג1, 152(א)(1), 158א, 158ג, 158ו

תקנות התכנון והבניה (בקשה להיתר, תנאיו ואגרות), תש"ל-1970 - גירסא ללא שירותים: סע' 1

תקנות התכנון והבניה (חישוב שטחים ואחוזי בניה בתכניות ובהיתרים), תשנ"ב-1992: סע' 9(ד), 9(ד2)

חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998

תקנות התכנון והבניה (רישוי בנייה), תשע"ו-2016: סע' 61

חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998

ספרות:

י' זמיר, הסמכות המינהלית (תשנ"ו)

מיני-רציו:

* וועדת הערר עוסקת בנושאים תכנוניים מובהקים של סיווגי שטחי בנייה בהיתר. אין מקום להתערב בקביעותיה כי ההיתר חורג מן השטחים המותרים לבנייה במגרש, ועל כן לא ניתן לאשרו אף לא בדרך של הקלה.

* תכנון ובנייה – היתר בנייה – תקיפתו

* תכנון ובנייה – היתר בנייה – הקלה

* תכנון ובנייה – ועדת ערר – סמכותה

* תכנון ובנייה – ועדות התכנון והבנייה – ועדת ערר

עתירה כנגד החלטת ועדת הערר אשר ביטלה היתר בנייה שניתן על ידי הועדה המקומית ואשר ניתן לבקשת המשיבה 4 (להלן: "המשיבה").

בית המשפט קבע כלהלן:

השאלה העיקרית שיש לבחון במקרה דנן היא, האם ניתן להשתמש כיום לצורך בניית 340 מ"ר שטח מסחרי שהינו שטח עיקרי, ב- 5% הקלה שניתנה בגין תוספת מעלית שניתנה בהיתר הראשון?

לאחר בחינת טיעוני הצדדים והפסיקה, יש לקבוע כי התשובה לכך היא שלילית. ההקלה של 5% עבור מעלית היא תוספת של שטחים להקמתה של מעלית ולא לשטח מסחרי. מכיוון שמעלית היא שטח שירות, בהתאם לתקנה 9(ד)2) לתקנות התכנון והבנייה (חישוב שטחים ואחוזי בנייה בתוכניות ובהיתרים) תשנ"ב-1992, מדובר בתוספת שטחי שירות ולא של שטח עיקרי ומידתה היא בהיקף הנדרש עבור בניית המעלית.

וועדת הערר עוסקת בנושאים תכנוניים מובהקים של סיווגי שטחי בנייה בהיתר. לא נמצא כי במקרה דנן התקיימו עילות המצדיקות התערבות בית המשפט. וועדת הערר דנה בטענות הסף באופן מעמיק וראוי ואין להתערב בקביעותיה כי ההיתר חורג מן השטחים המותרים לבנייה במגרש, ועל כן לא ניתן לאשרו אף לא בדרך של הקלה.

פסק דין

א. רקע

1. בפניי עתירה כנגד החלטת המשיבה 1 (להלן: "ועדת הערר") אשר ביטלה היתר בנייה שניתן על ידי המשיבה 2 (להלן: "הועדה המקומית") ואשר ניתן לבקשת המשיבה 4 (להלן: "המשיבה").

אקדים ואציין כי העותרת והמשיבה הינן חברות עסקיות. כל אחת מהן היא בעלים של זכויות במקרקעין ובהן שטחי מסחר, הקרובים ומצויים משני צדיו של כביש 99 ובסמוך לו.

- להלן בקצרה אציג תוכניות, היתרים והחלטות שונות הנוגעות לסכסוך שבין הצדדים דנן.
2. בשנת 1986 נתקבלה תוכנית מתא"ר ג4752, המתירה בנייה בשיעור 20 אחוז משטח המגרש, על גבי המגרש נשוא הסכסוך דנן.
- העותרת אף החלה במהלך להרחבת זכויות הבנייה במגרש עד ל- 200 אחוז (במסגרת תוכנית ג19222), אולם בשל אי קידום פתרון תחבורתי על ידי הועדה המקומית, חדלה הועדה המחוזית מקידום התוכנית הנ"ל.
3. ביום 11/11/12 על פי סמכותה, החליטה הועדה המקומית להוסיף זכויות בנייה לשטחי שירות במקרקעין נשוא התביעה, בשיעור של 80 אחוז משטח המגרש.
4. בשנת 2013 הוגשה על ידי העותרת בקשה להיתר בנייה עם בקשה להקלות של 13.5 אחוז (6% הרחבה כללית, 5% לצורך מעלית ו- 2.5% לקומה נוספת).
- ביום 05/02/13 אושרה הבקשה הנ"ל על ידי ועדת המשנה, על פי הסמכות הנתונה לועדה המקומית לפי תקנה 9(א) לתקנות התכנון והבנייה (סטייה ניכרת מתוכנית) תשס"ב 2002.
- ביום 10/10/13 ניתן לפי הבקשה הנ"ל היתר בנייה (להלן: "ההיתר הראשון"). ההיתר הראשון מותנה היה בהסדרת התנועה בכביש 99, לרבות הקמת מעגל תנועה, על חשבון העותרת (נספח 8 לעתירה).
5. בשנת 2014 הוגש על ידי המשיבה, ערר כנגד היתר הבנייה הנ"ל, אולם ערר זה נדחה.
6. בשנת 2015 נתגלע בין הצדדים סכסוך בנוגע לצורך (לפי טענת המשיבה) בקבלת היתר להסדרת מעגל התנועה הנ"ל. סכסוך זה נדון בעתירה נפרדת.
7. בשנת 2016 השלימה העותרת את בניית הבניין נשוא היתר הבנייה משנת 2013. לאחר השלמת הבנייה, הגישה העותרת בקשה לקבלת טופס 4 ומשזה לא ניתן לה, הגישה ערר לועדת הערר המחוזית.
8. ביום 14/06/16 ניתנה החלטה בערר הנ"ל (תיק 103/16) ובה הוחלט כי בשל שינויים לא מהותיים בהיתר, על העותרת להגיש בקשה לשינויים בהיתר. בעקבות החלטה זו, פנה היועץ המשפטי של הועדה המקומית בשאלת הבהרה אל ועדת הערר, האם נדרש פרסום מחדש של ההקלה בעקבות החלטת ועדת הערר וביום 22/06/16 החליטה ועדת הערר שלא נדרש פרסום מחדש של ההקלה.
9. ביום 12/07/16 אושרה בקשת ההקלה החדשה שהוגשה על ידי רשות הרישום. ביום 06/10/16 אף ניתן היתר בנייה חדש שתוקפו ל- 3 שנים (להלן: "היתר השינויים").
10. בתחילת שנת 2017 הגישה העותרת לועדה המקומית בקשת הקלה לתוספת 340 מ"ר כשטח עיקרי לשטחי המגרש (מהווה 4.6 אחוז משטח המגרש). בקשה זו אושרה על ידי רשות הרישום ביום 23/04/17 והיתר בניה הוצא ביום 04/06/17. ביום 06/07/17 הגישה המשיבה ערר כנגד מתן ההיתר הנ"ל וכן בקשה לצו מניעה.

11. ביום 25/07/17 התקיים דיון בפני ועדת הערר ולאחר שמיעת טיעוני הצדדים, ניתנה החלטה בפרוטוקול לפיה: - "ההיתר שניתן חורג מהשטחים המותרים ולכן דינו להתבטל". נימוקי ועדת הערר פורסמו במועד מאוחר יותר כפי שיפורט להלן.

ב. החלטת ועדת הערר ונימוקיה

12. ועדת הערר דנה תחילה בזכות העמידה של המשיבה דן/העוררת בפניה ונימקה כי למשיבה הייתה זכות עמידה בפניה, על אף שלא הייתה מי שהגיש התנגדות להיתר וזאת בשל כך כי המשיבה טענה שההיתר סוטה מתוכנית, זאת, בהסתמך על עע"מ 2015/08 בראון נגד הועדה המקומית לתכנון ובנייה מטה יהודה [פורסם בנבו] (31.12.12), להלן "עניין בראון" וכך עע"מ 317/10 שפר נגד יניב [פורסם בנבו] (23.8.12), להלן: - "פס"ד שפר".

13. כמו כן סברה ועדת הערר ונימקה כי המשיבה היא מתחרה עסקית, ועניינה בהליכים אלה הוא אינטרס כלכלי והיא גם הצביעה על פגיעה ממשית בעיסוקה עקב מתן ההיתר או סכנה לפגיעה כזו. על כן בהסתמך על בג"צ 287/91 קרגל בע"מ נגד מנהלת מרכז ההשקעות פד"י מו (2) 852 (להלן: - "עניין קרגל") וכך עע"מ 8193/02 מקס ראובן נגד פז חברת נפט בע"מ פד"י נח (2) 153 (להלן: - "עניין מקס ראובן"), יש לה מעמד בערר בהיותה מתחרה עסקי העלול להיפגע מאישורה של בקשה להיתר.

14. באשר לאפשרות לגרימת פגיעה ממשית למשיבה, הסתמכה הועדה על האמור בערר (צפון) 110/09, פרץ בונה הנגב נכסים בע"מ נגד ועדה מקומית לתכנון ובנייה מגדל העמק (פורסם במאגר נבו).

15. ועדת הערר דחתה את טענת העותרת כי בשל כך שהמשיבה אינה בעלת קרקע גובלת, אין לראותה כמי שעלולה להיפגע ממתן הקלות. כן נדחתה טענת העותרת דן בפניה, כי בערר 186/14 בן רז השקעות ופיתוח בע"מ נגד הועדה המקומית לתכנון ובנייה קרית שמונה, [פורסם בנבו] נקבע שאין המשיבה בעלת קרקע גובלת ועל כן אין לראותה כמי העלולה להיפגע ממתן הקלות, שכן, שם נקבעה קביעה זו לצורך השאלה, האם הייתה זכאית המשיבה לקבל הודעה אישית לפי ס' 149 לחוק התכנון והבניה התשכ"ה-1965 (להלן: - "חוק התכנון והבניה") אודות ההקלות במסגרת ההיתר הראשון.

16. הועדה הבהירה כי בהליך הערר 186/14 הנ"ל דובר בהקלות כמותיות שפורסמו ואין הן רלוונטיות להיתר מכוח זכויות שלא אושרו כדין. על כן, דרישת המשיבה שלא יינתנו זכויות החורגות מן הדין לעסק מתחרה, על מנת לאפשר תחרות כלכלית הוגנת, מכניסות אותה בגדר מי שנפגע לכאורה מההיתר ומקנות לה זכות עמידה בפני הועדה.

17. ועדת הערר דנה גם בטענת שיהוי שהעלתה העותרת וקבעה כי המועד להגשת הערר הינו 30 יום מיום קבלת החלטה וזה המועד הראוי לאימוץ אף במקרה שמדובר בטענה כנגד היתר הסוטה מתוכנית כמו במקרה דנן. בהמשך, בדקה וועדת הערר את מועד הגשת ההיתר על פי דיני השיהוי ועל פי שלושת היסודות שנקבעו בפסיקה (שיהוי סובייקטיבי, שיהוי אובייקטיבי וחומרת הפגיעה בשלטון החוק במסגרת המעשה המינהלי).

18. הועדה ציינה כי הערר הוגש ביום 06/07/17 כאשר אין חולק שהמשיבה ידעה על החלטת הועדה המקומית כבר בחודש 05/2017, אולם כיוון שלא ניתן לה לעיין במסמכי הבקשה עד ליום 19/06/17,

דבר שאושר על ידי מהנדס הועדה המקומית בדיון בערר, ונוכח העובדה כי הועדה המקומית לא פרסמה (כדרישות התקנות) תוך 5 ימים, בקובץ אלקטרוני חתום את ההיתר והבקשה, סברה וועדת הערר שיש להתחיל את מניין הימים מן המועד שבו ניתן לעותרת לעיין במסמכי הבקשה, 19/06/17, והואיל שחלפו רק פחות משבועיים עד להגשתה, מצאה הועדה כי המשיבה פעלה במהירות סבירה.

19. עוד קבעה הועדה כי לא הוכח שאינטרס ההסתמכות של העותרת נפגע בצורה משמעותית, שכן, היתר הבנייה ניתן לה ביום 06/07/17 (אין חולק כי בעניין זה נפלה טעות תחת ידי וועדת הערר, שכן, הוסכם בדיון בפניי שההיתר ניתן ביום 04/06/17) ובאותו יום הוגש הערר וכבר ביום 10/07/17 נקבע בהחלטת יו"ר הועדה כי פעולות שהתבצעו מכוחו של ההיתר עד להכרעה בבקשה לצו מניעה, לא יהיו שיקול בהחלטת ועדת הערר ועל העותרת דגן הסיכון, כי תידרש להחזיר את המצב לקדמותו ככל שהערר יתקבל. על כן, ככל שבסופו של יום הסתמכה העותרת על ההיתר שניתן לה ונוכח חלוף רק 3 ימים, הרי שהסתמכות זו "הינה מוגבלת בזמן ובלגיטימיות שלה". הועדה גם ציינה שאין חולק שהבנייה טרם החלה ואין מצב שבו בוצעה בנייה מסיבית מכוח ההיתר עד אשר ההיתר נתקף בערכאות, כגון באסמכתאות אליהן הופנתה על ידי העותרת (עע"מ 7171/11 ו- עע"מ 5726/12).

20. באשר לפגיעה בחוק ובאינטרס שלטון החוק, קבעה הועדה, כי בעיניה מדובר בפגיעה משמעותית, שכן, מדובר בחריגה של כל שטח הבנייה העיקרי המבוקש בבקשה ולפי הבנת ועדת הערר, העותרת כבר מיצתה את זכויות הבנייה המותרות, הן על פי התוכנית והן מכוח ההקלות שאושרו לה.

בשל כל האמור לעיל, נדחתה טענת השיהוי שהעלתה העותרת.

21. באשר למחלוקת המהותית הנוגעת לחישוב השטחים, קבעה ועדת הערר כי אין חולק שבמסגרת היתר הבנייה הראשון שניתן לעותרת אושרו לה לבנייה שטחים עיקריים בהיקף של 2,074 מ"ר, המהווים 28.24 אחוז ובהיתר השינויים, שנועד לתקן את ההיתר הראשון, בהתאם לבנוי בפועל, אושרו שטחים עיקריים בהיקף של 2,106 מ"ר, המהווים 28.69 אחוז.

עוד ציינה הועדה כי על פי התוכנית, היקף השטחים העיקריים הוא 20 אחוז, כך שהיתרי הבנייה שניתנו חורגים ב- 8.69 אחוז משטחים אלה ועל כן נדרשו הקלות כמותיות במסגרת ההיתר הראשון.

22. וועדת הערר דנה בשאלה מהו המקור לאישור הזכויות הנוספות בהיקף של 340 מ"ר אשר אושרו בהיתר הבנייה נשוא הערר וציינה כי לכך ניתנו תשובות שונות על ידי העותרת דגן והועדה המקומית. הועדה המקומית טענה בערר כי מדובר בניצול של יתרת ההקלות אשר אושרו במסגרת הליך ההיתר הקודם, בעוד העותרת טענה כי בהליך הראשון נוצלו כל ההקלות באופן שהותיר זכויות מאושרות מכוח התוכנית שאינן מנוצלות.

23. ועדת הערר ציינה כי הבקשה נשוא הערר כוללת אף שטחי שירות, אך בשים לב להיקף הבנייה בשטחים אלו, לא מתקיימת חריגה ועל כן המחלוקת בפניה אינה נוגעת לשטחים אלו.

24. לגישת ועדת הערר (בסעיף 32 להחלטתה), "לא נותרה יתרת זכויות לניצול, בוודאי לא שטח עיקרי, לא מכוח ההקלות ולא מכח התכנית". באשר להקלה שניתנה בנוגע למעלית (5 אחוז), קבעה הועדה שאין מקורה בתקנה 9(א) לתקנות סטייה ניכרת, העוסקת בבניית מעלית בשל מספר קומות

בבניין או גובה הבניין, שכן, בענייננו מדובר בבניין בן 2 קומות בלבד ובגובה 8 מטר שאינו עונה על הגדרת "בניין גבוה" או "בניין רב קומות" בתקנות התכנון והבנייה (בקשה להיתר, תנאיו ואגרות), התש"ל - 1970.

25. הועדה קבעה כי הדרישה למעלית נובעת, כפי עמדת העותרת דן עצמה, מהחובה להנגשת הבניין כ"מקום ציבורי" הקבועה בסעיף 158 ו-1 לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה - 1965 (להלן: "חוק התו"ב").

26. עוד היפנתה הועדה לסעיף 151 (ג) לחוק התו"ב הנוקט לשון:

"בהיתר הניתן ... תוספת שטחי שירות המתחייבת לצורך התאמת נגישות ... לא תחשב כסטיית מתוכנית".

מהוראה זו למדה הועדה כי מדובר בתוספת של שטחי שירות, ככל שמדובר בתוספת לצורך הקמת מעלית לצרכי נגישות.

27. עוד קבעה הועדה בעניין זה כי תוספת זו נוצלה במלואה במסגרת ההיתר הראשון הכולל את כל שטחי המעליות שנבנו במסגרת שטחי השירות והבקשה נשוא הערר, לא כללה תוספת שטחים למטרת הקמת מעלית (ואף אם הייתה כוללת, ניתן היה לאשרה במסגרת שטחי השירות בלבד).

28. על כן, בין לשיטת הועדה המקומית ובין לשיטת העותרת, אליבא דועדת הערר, כל יתרת הזכויות הנוגעת למעלית נוצלה ולא ניתן להביא אחוזים אלה הנוגעים למעלית לצורך הכשרת הבנייה על פי ההיתר נשוא הערר.

29. הועדה קבעה כי השטח העיקרי שאושר בהיתר הראשון ובהיתר השינויים לו, חורג מהשטח העיקרי המותר לבנייה מכוחה של התוכנית (20 אחוז) ומן ההקלות שהותרו בשטחים העיקריים (6 אחוז פלוס 2.5 אחוז). הזכויות שנותרו לניצול על כן, הם בשטחי שירות בלבד.

30. וועדת הערר הוסיפה וקבעה לעניין המעלית, כי גם מכוח תקנה 9(א) לתקנות סטייה ניכרת, ניתן עקרונית להיתר תוספת שטחי שירות למטרת הקמת מעלית וכך יש לפרש את ההקלה שאושרה למשיבה 2. התקנה אמנם אינה מציינת אילו שטחים למעלית ניתן להוסיף מכוחה - עיקריים או שירות - אולם תקנה זו מתייחסת לתוכניות שהופקדו לפני שאבחנה זו (בין שטח עיקרי לשטח שירות) עוגנה בתקנות התכנון והבנייה (חישוב שטחים באחוזי בנייה בתוכניות ובהיתרים), תשנ"ב - 1992 (להלן: "תקנות חישוב שטחים") ועל כן תקנה זו מתייחסת להגדלת שטח הרצפה הכולל המותר לבנייה.

31. עוד קבעה ועדת הערר כי בהתאם לדין התקף, החל על כל היתר בנייה, מעלית מסווגת כשטח שירות על פי תקנה 9(ד)2 לתקנות חישוב שטחים, שכן, לפי תקנת משנה זו, "מעלית" נמנית בין "מערכות טכניות ומתקני שירות" אשר לגביהן קובעת תקנה 9(ד) שיש לראות אותם ככאלה "שנועדו בתוכנית רק למתן שירותים נלווים למטרה מן המטרות העיקריות".

על כן סברה הועדה שיש להתייחס להקלה שנועדה לאפשר הקמת מעלית כהקלה בסוג שטחי שירות ובהם בלבד.

32. ועדת הערר היפנתה גם לאמור ב- עע"מ 8971/06 הועדה המקומית לתכנון ובנייה חיפה נגד ועדת ערר מחוזית חיפה [פורסם בנבו] (4.2.09), שם קבע בית המשפט העליון כי אין באמור בהחלטתו כדי למנוע מועדה מקומית לשקול בנסיבות מיוחדות הגדלת אחוזי בנייה עד ל- 5 אחוז לצורך שטחים החיוניים לבניית מעלית ואינם נכללים בתוכנית. מדברים אלה סברה, כי תוספת השטחים תכליתה אחת, הקמת המעלית והיקפם של השטחים שיאושרו, נגזר מצורך מוכח באותם שטחים למטרה זו. ועדת הערר קבעה כי לא הוכח בענייננו צורך בשטחים נוספים להקמת מעלית מעבר לפירי המעליות עצמם אשר כבר אושרו בהיתר הראשון ובהיתר השינויים ועל כן מוצתה הקלה זו עד תום במסגרת שטחי השירות שניתנו למטרות אלו, באותם היתרים קודמים.

33. ועדת הערר גם דחתה טענה של העותרת שלפיה, תקנה 9(א) לתקנות סטייה ניכרת נועדה לתמרץ הקמת מעלית ולשם כך היא מעניקה שטחים "עיקריים". הועדה קבעה כי הדבר אינו עולה בקנה אחד עם לשון התקנה ועם תכליתה, שכן, לפי לשון התקנה, הרי שלא ניתן להתיר תוספת יותר מ- 5 אחוז. כמו כן, התקנה מתייחסת למבנים שקיימת חובה בדין להתקין בהם מעלית ועל כן חובה כזו אין צורך לתמרץ. כמו כן, לו היה מדובר בתמרץ, היה מקום לתת אותו גם ביחס לתוכניות הכוללות שטחים למטרה של הקמת מעלית ללא סייג ביחס לתוכניות הכוללות שטח להקמת מעלית.

34. עוד סברה ועדת הערר כי התקנה מתייחסת לתוכניות ישנות, בהן לא נעשתה אבחנה בין שטחים עיקריים לשטחי שירות ולא נכללו בהם באופן ספציפי שטחים עבור מעלית. לגישת ועדת הערר, תכלית ההוראה הוא לאפשר קיום מצוות החוק, היינו הקמת מעלית במקרים הנדרשים. הועדה סברה שניתן ללמוד זאת גם מהיקש מהוראות סעיפים 1151ב ו- 1151ג לחוק התכנון והבנייה שאף הם עוסקים בתוספת שטחים לצורך הקמת מעלית, תוך שהם מציינים במפורש כי מדובר בשטחי שירות. הועדה סברה כי לא מתקיים הבדל תכליתי בין אותם סעיפים שנועדו לצרכי התאמת נגישות לבין ההקלה מכוחן של תקנות סטייה ניכרת (במקרים שהדבר נובע מגובה הבניין) אלא באופן דומה, נועדו לאפשר הקמת מעלית ולשם כך נדרשים שטחי שירות (סעיף 50 להחלטה).

35. לחלופין, קבעה ועדת הערר שאף אם ניתן היה לקבל את עמדת העותרת כי מדובר בתמרץ, הרי שהמקום והזמן למימוש הוא במסגרת היתר בנייה הכולל את המעלית, שכן, כך נגזר הן מהתכלית הנטענת והן ממהותה של הקלה כחלק מהליך רישוי ספציפי.

36. ועדת הערר היפנתה לסעיף 147 לחוק התכנון והבנייה, המצוי בפרק הרישוי והקובע כי:

"הועדה המקומית רשאי לתת הקלה למבקש היתר לפי סעיף 145".

מכך הסיקה ועדת הערר שהקלה, בשונה מתוכנית, איננה אקט תכנוני הקובע נורמה תכנונית למקרקעין אלא אקט של רישוי הצמוד להיתר ועל כן ניתן לנצלו רק במסגרת אותו היתר.

37. ועדת הערר הצרה על כך כי הועדה המקומית ביקשה להיתלות בהבהרה שניתנה על ידי יו"ר ועדת הערר בנוגע לפרסום חוזר של הקלה בגובה, לשם אישור היתר השינויים. ועדת הערר ציינה כי היתר השינויים נולד על מנת לתקן ליקויים שנמצאו על ידי ועדת הערר בהיתר הראשון (במסגרת ערב 103/16) [פורסם בנבו] ואמור היה להתייחס לאותה הבנייה שהותרה בהיתר הראשון ואליה בלבד. מטעם זה ומכיוון שלהיתר הראשון פורסמה הקלה במספר קומות, קבעה יו"ר ועדת הערר כי אין

צורך בפרסום חוזר של הקלה זו לצורך שלשמה נתבקשה הבהרה, קרי להיתר השינויים. ועדת הערר קבעה כי בענייננו מדובר בבקשה חדשה המתייחסת לתוספת בנייה שלא נכללה בהיתר הראשון ולהקלות אחרות (לאחוזי בנייה ולא בגובה) ואף בדרך ההיקש לא ניתן היה ללמוד מהבהרת יו"ר ועדת הערר שההקלות שאושרו ניתנו לניצול במסגרת כל היתר עתידי.

38. עוד מצאה ועדת הערר כמופרכת את טענת העותרת שלפיה במסגרת ההיתר הראשון נוצלו השטחים שהוספו בדרך של הקלת מעלית תחילה, שאלה כוללים 5 אחוז שטח עיקרי עבור מעלית ועל ידי כך נותרו זכויות מכוח התוכנית עצמה שלא נוצלו. ועדת הערר נימקה כי היא דחתה את הטענה שלעותרת אושרה הקלה של 5 אחוז שטחים עיקריים (במסגרת הקמת מעלית), על כן, לא מצאה ממש גם בטענה זו.

39. ועדת הערר התייחסה גם לטענת העותרת כי יש להותיר את ההיתר על כנו אף אם ימצא כי נפל פגם בנתינתו, זאת מכוח דיני הבטלות היחסית. ועדת הערר נימקה זאת לאור חומרתו של הפגם, היינו, תוספת בנייה לא מבוטלת אשר כולה חורגת מהמותר; בעובדה שטרם החלה הבנייה (אף אם נעשו פעולות התארגנות לתחילתה) ובשל "כך שביום מתן ההיתר כבר הוגש הערר כך שחרב הדין נופפה מעליו".

40. לאור הנימוקים לעיל, נתקבל הערר ובוטל היתר הבנייה.

ג. טענות העותרת

41. בתחילת עתירתה פירטה העותרת את הליכי האישור והרישוי אשר הובאו במבוא לפסק דין זה וכן את ההליכים המשפטיים שננקטו על ידה וכנגדה על ידי המשיבה.

42. לטענת העותרת, לאחר שקיבלה את ההיתר נשוא הערר בחודש 04/2017, היא החלה בהכנות לבניית השטחים שאושרו וחתמה על הסכמים מחייבים עם מתכננים וקבלני ביצוע (אותם פירטה בסעיף 56 לעתירה). היקף ההתקשרויות הכולל בהסכמים הנ"ל עומד על כ- 1,800,000 ₪. בנוסף, לעותרת הסכמים קבועים מול ספקים נוספים המספקים לה שירותים גם בפרויקטים אחרים (יועצים שונים, מתכננים, אדריכלים, קבלנים שונים ועוד), מולם התקשרה בענייננו של היתר הבנייה בהיקף של כ- 300,000 ₪ נוספים, כאשר חלק משירותים אלו כבר סופקו לה. כמו כן התקשרה העותרת בהסכמים להשכרת שטחים שיבנו מכוח ההיתר (שלושה הסכמים) שבחלקם אף נקבעו תניות לחיוב העותרת בסכומים שונים בגין איחור במסירת החזקה.

43. העותרת רואה את המחלוקת המהותית ככזו הנוגעת לעניין תוספת השטחים/ההקלה שהותרה לה בהיתר הראשון (13.5 אחוז). לדידה, ככל שיקבע כי לא כל השטחים הנ"ל הם שטחים עיקריים, כי אז היקף השטחים העיקריים אכן חורג מהמותר וההיפך.

44. באשר לזכות העמידה והגשת הערר טענה העותרת כי על פי סעיף 152(א)(1) לחוק התכנון והבנייה, עומדת זכות הערר בנוגע להיתר בנייה למי שבקשתו להיתר סורבה ו/או למי שהתנגדותו להיתר, שהוגשה בעניינים של שימוש חורג, מתן הקלה או אישור תשריט חלוקת קרקע בסטייה מתוכנית, נדחתה.

45. עוד טענה העותרת כי לפי סעיף 12ב לחוק הנ"ל מוגדרת סמכות ועדת הערר בלשון רחבה יותר ועל כן בפסיקה התעוררה מחלוקת כי האם על המעוניין להתנגד להיתר שניתנה על ידי ועדה מקומית, לפנות לוועדת ערר או לבית המשפט.

46. העותרת היפנתה לפסקי הדין שניתנו ב- עת"מ (חיפה) 136/00 צומת האלופים בע"מ נגד ועדת הערר המחוזית חיפה [פורסם בנבו] (08/08/00) וכן לפרשת שפר הנ"ל, אשר בה ציין כב' עמית כי הוא מעדיף את הגישה שהובעה בעת"מ 136/00 הנ"ל אך אינו מצדד בגישה מרחיבה יותר שנקטה על ידי בתי משפט נוספים ולפיה בכל מקרה של התנגדות להיתר בנייה, יש להגיש ערר.

47. בהסתמך על פסקי הדין הנ"ל, טענה העותרת כי עררה של המשיבה כלל לא עסק בשאלת סטיית ההיתר מהוראות התוכנית החלה, שכן, סטייה זו כבר אושרה בעת מתן ההקלות בהיתר הראשון ובהיתר השינויים, עוד קודם למתן ההיתר נשוא הערר וכי השאלה שעמדה במוקד הערר הייתה, האם רשאית העותרת לממש במסגרת ההיתר נשוא הערר את יתרת הזכויות במקרקעין שכבר הותרו קודם אך טרם מומשו. על כן, הסמכות לטעון כנגד ההיתר, לא נתונה הייתה לוועדת הערר כלל והיא לא הייתה צריכה להידרש לערר כלל.

48. לחלופין טענה העותרת כי גם אם יקבע שההיתר שניתן אינו תואם לתוכנית החלה על המקרקעין, אזי לפי החלכה שלעיל, זכות הגשת ערר לוועדת ערר נתונה למי שרשאי היה להגיש התנגדות, לו הייתה מתפרסמת בקשה להקלה, לפי הוראות סעיף 149 לחוק. לגישתה של העותרת מהוראת סעיף 149 לחוק, שאינה קובעת את רשימת הזכאים להתנגד, ניתן בכל זאת ללמוד על רשימה זו, נוכח רשימת הגורמים להם נדרש למסור הודעה בדבר הבקשה להיתר וביניהם בעלי זכויות נוספים באותו בניין, בעלי זכויות במקרקעין גובלים ובעלי זכויות שלדעת הוועדה יפגעו או עלולים להיפגע מאישורה של הבקשה. לטענת העותרת, אף אחד מאלה אינו מתקיים במשיבה. כמו כן לטענת העותרת, המשיבה לא הצביעה, במסגרת הערר שהגישה, על פגיעה כלשהי שעלולה להיגרם לה מן ההיתר נשוא הערר.

49. עוד טענה העותרת בעניין זה, כי ועדת הערר היא שקבעה בהחלטה קודמת שלה, שניתנה בערר קודם (186/14) כי לא נדרש היה לשלוח למשיבה הודעות מכוח סעיף 149 לחוק התכנון והבנייה ועל כן לא ברור כיצד שינתה היא לעמדתה הנ"ל בהחלטתה הנוכחית כשהחליטה להידרש לעתירה.

50. העותרת שבה וטענה כי המשיבה לא העלתה טענות לנזק שנגרם או יגרם לה בכתב הערר. אמנם במהלך הדיון, בתשובה לטענות ב"כ העותרת נטען על ידי ב"כ המשיבה כי המשיבה היא מתחרה עסקית לעותרת אלא שפרט לאמירה כללית זו, לא נטען ולא הוכח נזק ממשי או נזק אחר. עוד נטען כי ועדת הערר עצמה בהחלטתה בערר 186/14 הנ"ל, קבעה שאין בתוספת השטחים כדי לפגוע במשיבה. לטענת העותרת, תוספת השטחים שאושרה בהיתר נשוא הערר קטנה עד כדי שליש מתוספת השטח אליו התייחסה ועדת הערר בהחלטתה בערר 186/14.

51. עוד טענה העותרת כי ועדת הערר הסתמכה לעניין זכות העמידה על האמור בעניין מקס ראובן, אולם אותו פסק דין עסק בזכות העמידה בעתירה לבית משפט ולא לצורך הגשת ערר למוסד תכנון. לעניין זה היפנתה לפסק הדין שניתן ב- עת"מ (חיפה) 391/08 תיאטרון הצפון נגד ועדת ערר מחוז חיפה [פורסם בנבו] (14/04/08).

52. בענייננו, לטענת העותרת, מדובר בשוק רחב היקף ולא ייחודי או מצומצם ועל כן אין בכניסה של מתחרה חדש כדי לפגוע ביתר השחקנים בשוק. נטען שגם תוספת הבנייה היא מצומצמת, 340 מ"ר בלבד בעיר שבה קיימים שטחי מסחר בהיקף של עשרות אלפי מטרים מרובעים. על כן, הקביעה כי היקף בנייה זה עלול לפגוע במי מהעוסקים, הינה בלתי סבירה וגם לא הוכחה.

53. משכך ולאור העובדה שהועדה עצמה קבעה כי על הטוען לפגיעה, להצביע על פגיעה ממשית בעסקו ומשהדבר לא הוכח, הרי מנוגדת החלטת ועדת הערר גם להחלטה קודמת שלה והיא שגויה לעניין מתן זכות עמידה בערר דגן ובלתי סבירה.

54. העותרת הלינה גם כנגד קביעת ועדת הערר, לפיה לא הוגש הערר בשיהוי. לטענתה, המועד להגשת הערר הוא תוך 30 יום ממועד המצאת ההחלטה. לדבריה, המשיבה עצמה טענה כי כבר בחודש מאי נודע לה על ההחלטה, מבלי לציין מועד מדויק וגם אם נניח לטובתה שנודע לה הדבר בסוף חודש מאי, הרי שחלף מועד 30 הימים להגשת הערר (הוגש ב- 06/07/17).

55. עוד טענה העותרת כי לאור עמדת המשיבה וועדת הערר כי לא ניתן היה לאשר במקרקעי העותרת ולו גם מטר רבוע אחד נוסף של שטח עיקרי, הרי שאין משמעות וצורך בהמתנה לקבלת הבקשה שהוגשה למתן היתר ודי היה בידיעה על עצם הגשת הבקשה לתוספת מבנה למסחר, מבלי להמתין לבירור מיקומם של השטחים או היקפם. על כן, הערר הוגש בשיהוי.

56. עוד נטען כי ועדת הערר טעתה טעויות נוספות באשר להסתמכות העותרת על ההיתר שניתן, שכן, ההחלטה ליתן היתר לעותרת התקבלה עוד בחודש 04/2017 והחל ממועד זה החלה הסתמכותה של העותרת והתקשרותה בהסכמים עם בעלי מקצוע, יועצים וסוחרים ועל אף שעניין זה הובהר היטב, התעלמה ממנו ועדת הערר. כן נטען כי חלק מנימוקי ועדת הערר מושתת על קביעתה שההיתר ניתן ביום 06/07/17, ברם, אין חולק כי ההיתר ניתן כבר ביום 04/06/17 ולא ביום שבו הוגש הערר כפי שציינה ועדת הערר.

57. העותרת גם הלינה כנגד קביעת ועדת הערר שלפיה העותרת לא הציגה אסמכתאות באשר להוצאותיה והתקשרויותיה להן טענה. לעניין זה היפנתה העותרת לתצהיר שצורף לכתב הערר, שם הוצהר על התקשרויות והוצאות הנאמדים בהיקפים של מיליוני ₪ וכן על התחייבותה להעמיד לרשות שוכרים, חלקים מהמבנה כבר בחודש 11/2017. עוד טענה העותרת כי על אף שאין הדבר נראה במקרקעין, עבודות הבנייה החלו, שכן, קונסטרוקציית הפלדה של המבנה כבר מיוצרת במפעל הפלדה, מועתקת למקרקעין ומורכבת בשטח והעבודות עליה כבר החלו. גם מעניין זה התעלמה ועדת הערר.

58. עוד נטען כי גם במהלך הדיון לפני ועדת הערר, נשאלה העותרת אם היא יכולה להציג את החוזים וענתה בחיוב באמצעות בא כוחה שהבהיר שכל מסמך שיידרש על ידי ועדת הערר, יועבר מיידית, אך ועדת הערר לא ביקשה זאת ובחרה לבטל את ההיתר דקות ספורות לאחר תום הדיון. משום האמור, ביקשה העותרת לבטל את קביעת ועדת הערר שלפיה לא נתקיים שיהוי בהגשת הערר.

59. העותרת היפנתה לדברי הנשיאה נאור ב- ע"מ 5726/12 אמסלם נגד אלון [פורסם בנבו] (10/06/15, להלן: "עניין אמסלם"), שם נקבע כי היום הקובע למניין ספירת הימים הוא היום שנודע על ההיתר. נטען כי במקרה דנן, בהיתר השינויים שניתן לעותרת ביום 06/10/16, צוין במפורש שהוא כולל "תוספת שטח עיקרי בהתאם לזכויות המאושרות ולהקלות שניתנו בקומה 0.00". נטען כי היקף השטחים העיקריים הנ"ל שהוספו הוא 8.69 אחוז משטח המקרקעין ונוכח העובדה כי לטענת המשיבה לא ניתן היה לאשר במסגרת היתר 2017 תוספת שטחים מכוח ההקלות בהיתר הראשון ובכל מקרה לא ניתן להתיר שטחים עיקריים בשיעור העולה ב- 8.5 אחוז, הרי שאת טענותיה אלה יכולה הייתה וצריכה הייתה המשיבה לטעון עוד כנגד היתר השינויים שניתן בשנת 2016 וככל שטענותיה אלה היו מתקבלות, ניתן היה למנוע את מתן היתר 2017 ואת הסתמכותה של העותרת וגם הסתמכות צדדים שלישיים על היתר זה. נטען כי ועדת הערר לא התייחסה כלל לטענה זו והתעלמה ממנה.

60. עוד טענה העותרת כי "הקלת המעלית" שאושרה לה, נועדה כתוספת של שטח עיקרי (להבדיל משטח שירות), שכן, לצורך שטחי שירות לא נדרשה העותרת לתוספת שטחים כלשהי ואלה הוספו בשיעור 80 אחוז משטח המגרש והיו בנמצא.

61. לטענת העותרת, במסגרת שני ההיתרים שניתנו לה קודם להיתר 2017 (ההיתר הראשון והיתר השינויים), מומשו הקלות בשיעור 8.69 אחוז בלבד (מתוך 13.5 אחוז שאושרו) ולפיכך במסגרת היתר 2017, ביקשה העותרת לממש את יתרת שטחי ההקלות שהם בשיעור 4.6 אחוז משטח המקרקעין. ההיתר הראשון בו אושרו ההקלות ניתן אמנם ב- 10/10/13 למשך 3 שנים, אך תוקפו הוארך במסגרת היתר השינויים שניתן ב- 06/10/16 למשך 3 שנים ובו נקבע כי הוא כולל "תוספת שטח עיקרי בהתאם לזכויות המאושרות ולהקלות שניתנו בקומה 0.00".

הוזכר גם כי במסגרת הבהרתה, פטרה ועדת הערר מן הצורך בפרסום מחדש של ההקלה הנובעת מגובה הבניין.

62. העותרת מלינה כנגד החלטת ועדת הערר אשר ראתה בהקלת המעלית, כהקלה של שטחי שירות. לטענת העותרת תוקפו של ההיתר שבמסגרתו אושרו ההקלות לא פג, שכן, הוא הוארך במסגרת היתר השינויים ולכן רשאית הייתה הועדה המקומית לאשר מכוחו את תוספת השטחים שאושרה בהיתר הראשון וטרם מומשה ותמיכה לכך ניתן למצוא בהחלטת ועדת הערר עצמה לאי צורך בפרסום חוזר של ההקלה הנ"ל.

63. לעניין סיווג השטחים שהותרו בהקלת המעלית, נטען כי כל העוסקים בשוק המקרקעין כמו גם ועדות מקומיות רבות, מתייחסים להקלת המעלית כהקלה המוסיפה שטחים עיקריים, זאת כדי לתמרץ בנייתן של מעליות בשל השיקולים שלהלן:

- א. מהוראות תקנה 9(א) לתקנות סטייה ניכרת, נלמד כי האמור בה נאמר מבלי להבחין בין שטחים עיקריים לשטחי שירות.
- ב. התקנה פורסמה לראשונה ביום 22/06/89 ובמועד זה לא הייתה כלל אבחנה בחוק בין שטח עיקרי לשטח שירות.

ג. כאשר רצה המחוקק להוסיף שטחי שירות, הוא קבע זאת במפורש (כך בסעיף 151(ב), (ב1)).
(ג), (ג1) ו-(ד).

ד. אם הכוונה הייתה לקביעת תוספת שטחים ספציפית לבניית המעלית עצמה, ניתן היה לקבוע זאת במפורש ולא להידרש לתוספת אחוזית משטח המגרש, שכן, שיעורה של תוספת זו משתנה ממגרש למגרש.

64. באשר לפסיקה עליה התבססה ועדת הערר (בעע"מ 8971/06 הנ"ל) לעניין הקלת המעלית, נטען כי אכן נקבע שם שניתן בנסיבות מיוחדות להגדיל את אחוזי הבנייה עד 5 אחוז לצורך שטחים שהם חיוניים למעלית, אך הפסיקה הינה לעניין תוספת שטחים לבניית מעלית **מקום בו קיימת תוכנית שכבר הקנתה שטחים להקמת מעלית, ולא כמו במקרה דנן, שאין כלל תוכנית כזו**. העותרת היפנתה לדוגמאות מתוך החלטות ועדות מקומיות באשר לסיווגה של הקלת המעלית כשטח עיקרי לטענתה (ראה סעיף 146 לעתירה).

65. לטענת העותרת, גם אם צודקת ועדת הערר בסיווגה את הקלת המעלית כשטחי שירות, הרי שעסקינן ב"מעשה עשוי", מאחר ששטחים אלו הותרו ומומשו זה מכבר כשטחים עיקריים.

66. העותרת טוענת עוד, כי ועדת הערר "גילתה וגיבשה דעתה עוד קודם לדיון" שהתקיים בפניה. על כך לומדת העותרת ראשית, מהחלטת הוועדה הזמנית להתליית ההיתר, שנית, מקביעת הוועדה כי המשיבה עלולה להיפגע מן ההיתר, קביעה המנוגדת לקביעה קודמת בהחלטה קודמת של ועדת הערר שם נקבע כי לא מתקיימת פגיעה במשיבה, ושלישית, ממתן ההחלטה על אתר בתום הדיון מבלי לבקש מן העותרת את המסמכים אודות הוצאותיה והתקשרויותיה עם צדדים שלישיים.

67. עוד טענה העותרת כנגד דחיית ועדת הערר את טענתה להותרת ההיתר על כנו מכוח דיני הבטלות היחסית. לטענת העותרת, לא כל הפרה מהותית של הדין גוררת בהכרח בטלות ובעניין זה הסתמכה על עע"מ 2273/03 **אי התכלת שותפת כללית נ' החברה להגנת הטבע** [פורסם בנבו] (7.12.2006), להלן: "פרשת אי התכלת".

68. לטענת העותרת תורת הבטלות היחסית תכליתה לעשות צדק יחסי בין כל הגורמים המושפעים מן ההכרעה, לצד מתן משקל הולם למהות אי החוקיות של מעשה הרשות המנהלית, הגוררת בטלות ההחלטה ודוקטרינה זו תקפה גם בענייני תכנון ובניה. לפי הדוקטרינה ייגזר הסעד ממכלול נתונים, ובנסיבות המתאימות יוכל בית המשפט להצהיר כי על אף הפגם שנפל במעשה המנהלי, יישאר המעשה המנהלי על כנו, כך מקום בו אין מדובר בהפרה בוטה ומכוונת של הדין.

69. העותרת הפנתה גם לעע"מ 7171/11 **העמותה למען איכות חיים וסביבה בנהריה נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה** [פורסם בנבו] (12.8.2013, להלן: "עניין עמותה למען איכות חיים"). לטענת העותרת, יש להביא גם שיקולי צדק אישי במסגרת דוקטרינה זו ובפרט יש להביא הבדל בין בעל היתר שידע מלכתחילה על אי החוקיות, לבין מי שנהג בתום לב מבלי שידע שההיתר ניתן לו בניגוד לחוק, כמו במקרה דנן. לטענתה, במקרה דנן הואיל שההיתר כבר ניתן, השיקולים בעניינו שונים מאשר שיקולים טרם מתן היתר ובמקרה דנן, ההלכה היא כי ההחלטה המנהלית לא תשונה ולא תבוטל, אלא אם כן יש טעם טוב לעשות כן, וזאת בשל עיקרון הסופיות. העותרת הפנתה בעניין זה לספרו של יצחק זמיר "הסמכות המנהלית" כרך ב' עמ' 1394 (מהדורה שמינית 2011).

70. לטענתה יש להביא לענייננו את השיקולים הבאים :

- א. את התנהלות העותרת בהגיונות, ביושר ובגלוי עפ"י דין משך כל ההליך.
 - ב. את נכונות העותרת לבצע על חשבונה מטלות ציבוריות בהיקף של מיליוני ₪ (כולל הסדרת מעגל התנועה הנ"ל וסלילת מגרש חניה ציבורי).
 - ג. את העובדה שההיתר נבחן ונחתם הן על ידי יו"ר הוועדה המקומית והן על ידי שני אנשי מקצוע (מהנדס הוועדה והמלווה המקצועי).
 - ד. ההיתר נסמך על הקלות שפורסמו כדין ושלא הוגשו להן התנגדויות ועל הבנה של רשות הרישוי המקומית כי הקלות אלו עדיין שרירות ותקפות, בשל כך שחודשו במסגרת היתר השינויים.
 - ה. העמדה לפיה "הקלת המעלית" עניינה בשטחי שירות ולא בשטחים עיקריים שונה מזו הידועה לעוסקים בשוק המקרקעין ומוסדות תכנון רבים.
 - ו. היקף הבניה שאושר בהיתר 2017 אינו חורג מהיקף שאושר בעבר והוא פחות מ-5% משטח המגרש. כמו כן, הבניה שאושרה בהיתר זה אינה משנה את גובה הבניה ואין לה השפעה על הסביבה. כמו כן, היקף הבניה הכללי אינו חורג מהיקף הבניה הכללי המותר במקרקעין.
 - ז. הבניה שהותרה היא בהיתר נמוך בשיעור משמעותי מהבניה שתוכננה במסגרת תכנית ג/19222, אותה החליטה הוועדה המקומית להפקיד (אך הופסקו ההליכים לאישורה).
 - ח. שיעורי הבניה בתכנית המתאר החדשה של קריית שמונה מאפשרים בניה בהיקף גבוה לאין שיעור מהבניה בהיתר 2017 ועל כן ניתן לקדם ולאשר תכנית מפורטת, שתסדיר את הבניה שהותרה.
 - ט. למשיבה לא ייגרם נזק ממשי מההיתר וכך גם לא לצדדים שלישיים אחרים, שרק ייהנו ממגוון רחב יותר של אפשרויות.
 - י. יש לקחת בחשבון את התקשרויות העותרת בהסכמים עם שוכרים והתחייבויותיה למתן חזקה בחודשים אוקטובר ונובמבר 2017, שהפרתן תגרום לה נזק רב.
 - יא. יש לקחת גם בחשבון את ההשקעות שהיא השקיעה במקרקעין, כאמור לעיל.
 - יב. ככל שיבוטל ההיתר, סביר להניח שנוזקי העותרת יגולגלו לפתחה ולקופתה של הוועדה המקומית והדבר יפגע בציבור תושבי קריית שמונה בכללותו.
- נוכח השיקולים הנ"ל, טענה העותרת כי החלטת ועדת הערר שלא להכיל את דוקטרינת הבטלות היחסית, היא בלתי סבירה ובלתי מידתית.

71. בדיון שהתקיים בפניי ביום 2.11.17 חזר ב"כ העותרת בתמצית על טענותיו הנ"ל. לטענתו, הטענה המשיבה את ועדת הערר בנוגע למועד שבו נמסרו לה מסמכי ההיתר ובעניין זה הפנה לתצהיר שצורף להליך בבית משפט זה, לאחר הגשת תשובת המשיבה, עליו חתום מזכיר הוועדה המקומית מר דוד צביאל אשר הוגש ביום 30.10.17 ולפיו, ימים ספורים לאחר אישור הבקשה של העותרת על ידי רשות הרישוי ביום 23.4.17, ולפני מתן היתר הבניה מכוח החלטה, פנה אליו מר שלום לוגסי שהציג עצמו כשליח מטעם המשיבה וביקש את פרוטוקול הוועדה שאישרה את הבקשה וזה נמסר לו על ידי המצהיר. כמו כן, הוצהר כי באותו יום קיבל מר לוגסי גם את הבקשה להיתר (הגרמושקה) מארכיבאי הוועדה מר אבי קבילו. לטענת ב"כ העותרת, עובדה זו תומכת בטענת העותרת כי היה על ועדת הערר לדחות את הערר בשל שיהוי בהגשתו, על אף שהמסמכים כבר היו בידי המשיבה.

72. לגופו של עניין טען ב"כ העותרת כי, הפרויקט של העותר נבנה בשני שלבים. בשלב הראשון סופרמרקט וחניה תת קרקעית, ובשלב הנוכחי מדובר בתוספת של 340 מ"ר שהם שליש מן ההקלה שכבר אושרה בהיתר הראשון. לטענתו, השלב הנוכחי הוא מימוש ההקלה עפ"י השלב הראשון, הקלה לה לא התנגדה המשיבה. לטענתו, המחלוקת בעתירה אינה על שיקולי תכנון, בהם לא מתערב בית המשפט, אלא על טענות משפטיות שכן נגרם לעותרת עוול כבד עם נזקים אדירים.

ד. תשובת ועדת הערר לעתירה

73. ב"כ ועדת הערר הפנתה לנימוקי הוועדה שלטענתה כללו התייחסות לכל טענות הצדדים.

74. באשר לטענות לגופו של עניין, שבה וטענה כי הקלת מעלית נוגעת לבניה של שטח שירות ולא של שטח עיקרי ועל כן יש לדחות את טענת העותרת והוועדה המקומית כי במסגרת אותה הקלה ניתן לעשות שימוש לבניית שטח עיקרי. לדבריה, בדקה ועדת הערר את כל הטענות וההיבטים המשפטיים ולא מצאה בשום אפשרות משפטית תכנונית כדי לאשר תוספת כזו שהיא למעשה סטייה ניכרת, להבדיל מהקלה, ולא ניתן לאשרה בדרך של הקלה, אלא באמצעות תכנית.

75. באשר לזכות העמידה בערר, טענה כי העותרת ציטטה חלקית מפסק דין שפר הנ"ל ואם הייתה מביאה את דברי כב' השופט עמית במלואם, ניתן היה להיווכח כי הוא אינו בעד הרחבת יתר של ההלכה וכי במקרה שאדם טוען שניתן היתר בסטייה מתכנית, כמו במקרה דנן, הרי שקיימת זכות ערר. עוד לטענתה, לא הסתפקה הוועדה רק בעניין זה ומצאה מקור נוסף לזכות הערר מהפסיקה לעניין מעמדו של מתחרה עסקי, כפי שהובאה על ידי ועדת הערר.

76. עוד טענה כי ועדת הערר שקלה את מכלול השיקולים לעניין השיהוי ובמיוחד לעניין חישוב השטחים שאושרו בסטייה ניכרת, ולא התעלמה מעניין השיהוי.

77. באשר לבטלות היחסית, טענה כי לא הוצגו בפני ועדת הערר אסמכתאות לגבי ההוצאות. היא טענה כי אכן קיימות שתי התחייבויות שניתנו ע"י העותרת לאחר מתן ההיתר, אולם טענה כי פניית משיבה 4 לקבלת מסמכי ההיתר לצורך ערר, ריחפה כל הזמן מעל הנושא של החלטת הוועדה המקומית וצפוי היה שיוגש ערר, במיוחד נוכח המחלוקות הישנות שהיו בין הצדדים. משום כל האמור טענה כי, החלטת ועדת הערר הייתה סבירה ואין מקום להתערב בה.

ה. תשובת הועדה המקומית לעתירה

78. בתשובת הועדה המקומית פורטו הליכי הרישוי והתכנון הקודמים למתן ההיתר נשוא הערר דן לרבות מתן ההיתר הראשון, מתן היתר השינויים והפטור שניתן על ידי ועדת הערר מפרסום חוזר.

79. לטענת הועדה המקומית, לאור התכניות החלות רשאית הייתה רשות הרישוי להתיר במקרקעין בניה בשטח עיקרי של 33.5% ובנוסף לכך שטחי שירות בהיקף של 80%. לטענתה, ניתן לעותרת היתר ראשון ובטרם פקע תוקפו, הוגשה בקשה וניתן היתר נוסף (היתר השינויים הנ"ל) במסגרתו הותר שטח עיקרי של 2000,107 מ"ר המהווה 28.69% בשטח שירות של 4,498 מ"ר המהווה 32.68% משטח המגרש. על כן, גם לאחר מתן ההיתר הנוסף נותרו במגרש אחוזי בניה בלתי מנוצלים של 4.81% בשטח העיקרי ו-17.62% בשטחי השירות.

80. העותרת הגישה בשנת 2017 בקשה לתוספת שטח בניה בשיעור של 4.6% שטח עיקרי ו-2.7% שטחי שירות והבקשה אושרה ביום 23.4.17. משום כך, לא נתקיימה חריגה ממה שמוסמכת הייתה רשות הרישוי להתיר. על כן, הונפק לעותרת ביום 4.6.17 היתר בניה, הוא ההיתר נשוא הערר.

81. עמדת המשיבה היא כי דין העתירה להתקבל, בין מנימוקי העותרת ובין מן הנימוקים שפורטו בתשובת הועדה המקומית לערר (נספח ט' לתשובה), שעיקריה כי ההקלות שניתנו לעותרת אפשרו הוספת שטחים עיקריים שלא נוצלו במלואם (לאחר ההיתר הראשון והיתר השינויים) וגם לא נדרש לגביהם פרסום נוסף, עפ"י הנחיית ועדת הערר עצמה.

82. לטענת הועדה המקומית, קביעת ועדת הערר כי הקלת המעלית הינה לשטחי שירות בלבד, היא משוללת היגיון ויש בכדי ליתר את הוראת המעבר שבתקנה 9(א) הנ"ל לתקנות סטייה ניכרת, נוכח הוראת סעיף 151(ב) לחוק התכנון והבניה הקובעת כי תוספת שטחי שירות בשיעור 5% עבור התקנת מעלית לא תהווה כלל סטייה מתכנית, בין אם אושרה לפני שנת '89 ובין אם אחריה. על כן, לטענתה תוספת שטחי שירות כלל לא הייתה מחויבת בהליך של הקלה ומשניתנה הקלה, הרי שמדובר בשטח עיקרי.

ה. תשובת המשיבה

83. המשיבה סמכה ידיה על נימוקי ועדת הערר. לטענתה, לא נתקיים אף נימוק המצדיק התערבות בית משפט זה בהחלטת ועדת הערר.

84. המשיבה פתחה טיעוניה בהצגת האינטרס שלה בתחרות הוגנת. לטענתה, מקום בו מתנהלת התחרות בניגוד לחוק, תוך שצד אחד מקבל הקלות בלתי מוסברות מהרשויות בהיקפים גדולים, אין פלא שהמשיבה מנסה לפעול למניעת תחרות בלתי הוגנת שכזו.

85. המשיבה מנתה בכתב תשובתה פעולות שנעשו על ידי הרשויות ואשר הטיבו עם העותרת ובין היתר, הגדלת שטחי שירות בהיקף של פי ארבעה משטחי הבנייה המותרים בתוכנית משנת 2012 על ידי הועדה המקומית שברשותה עומד ראש העירייה. לטענת המשיבה, מדובר בתוספת **חריגה ביותר**. לטענתה, החלטה זו לא מחייבת פרסום או התנגדות ומשום כך נודע לה עליה רק לאחר תקופה ארוכה.

86. כמו כן, העותרת לא הסתפקה בהגדלה חריגה זו וביקשה תוספת של 13.5 אחוזים כהקלה לשטח העיקרי ורק אז הסתבר מה רוצה באמת העותרת, היינו, לבנות קניון בשטח של 2,460 מ"ר עם חנייה מקורה מעל פני הקרקע לשטח של 5.8 דונם. המשיבה העלתה שאלה- מדוע נזקקת העותרת לבניית חניון מקורה בשטח העולה על 5 דונם, בעוד שיכולה היא לבנות רק את הקניון עצמו ולהכשיר חנייה פתוחה, זולה בהרבה?

87. לטענת המשיבה, מתגלה התשובה לכך בעיון בתוכניות, שכן, החנייה המקורה תוכננה מראש עם חלונות ענקיים הפונים לכביש הראשי והדבר מעיד על כך כי בשלב הבא בכוונת העותרת להפוך את שטח החנייה לשטח מסחרי, שכן, ככזה היא נבנתה מלכתחילה.

88. משהבינה המשיבה את כוונת העותרת, היא פנתה ליו"ר הועדה המקומית אך נדחתה בלך ושוב ובעקבות דחייה זו הגישה התנגדות להקלות ואף תקפה אותן בועדת הערר, אלא שאז כבר היא נקלעה לשיהוי וטענותיה נדחו בשל כך.

89. לטענת המשיבה, מאז ואילך היא החליטה לבדוק כל בקשה של העותרת על מנת שלא תחרוג מהמותר בחוק. לטענתה, היא מצאה כי כל הליך בנוגע לעותרת שהתנהל בועדה המקומית, נמצא לקוי. כך לטענתה בנוגע להקמת מעגל התנועה הני"ל בצומת המצודות וכך גם בנוגע להקלות נושא עתירה זו. המשיבה הלינה גם על כי הועדה המקומית לא מקלה עליה בניסיונותיה לוודא כי העותרת פועלת כחוק, שכן, בניגוד להוראות החוק, היא לא מפרסמת את החלטותיה והיא מקשה על קבלת נתונים רלוונטיים, תוך שהיא מפנה להליכים לפי חוק חופש המידע.

משום כל האמור, טענה המשיבה כי אין לה לעותרת להלין אלא על עצמה לעניין "סיכול התחרות".

90. בהמשך תשובתה סקרה המשיבה את ההליכים התכנוניים שקדמו לערר נשוא העתירה, לרבות הגשת בקשת העותרת בשנת 2017 להיתר הבנייה נשוא הערר. על ההחלטה לאשר את היתר הבנייה, נודע למשיבה לטענתה, כשמועה כללית בלבד במהלך חודש 05/2017. נוסח ההחלטה ותוכן היתר הבנייה לא היו ידועים לה, שכן, אלה לא פורסמו ולא הועמדו לעיון הציבור, למרות החובה לעשות כן בתוך 3 ימים מיום קבלת ההחלטה בהתאם לסעיפים 48ד(ה)1 - (ה)2 ו- 48ה(ב) לחוק התכנון והבנייה. כמו כן, לא העלתה הועדה המקומית קובץ אלקטרוני של ההיתר באתר האינטרנט שלה, למרות מצוות תקנה 61 לתקנות התכנון והבנייה (רישוי בנייה), תשע"ו - 2016.

91. רק ביום 08/06/17 ולאחר פניות ועיכובים בטענות שונות, ניתנה למשיבה אפשרות לצלם את היתר הבנייה ולבחון אותו בעזרת אנשי מקצוע ואז נתגלה לה כי אינו חוקי על פניו.

91. עוד נטען כיום ביום 19/06/17 פנתה המשיבה ליו"ר הועדה המקומית, למהנדס הועדה והמלווה המקצועי, כדי לברר על איזו תשתית תכנונית אושרו תוספות הבנייה (נספח 3 לתשובה). תשובת הועדה המקומית נתקבלה ביום 26/06/17 וממנה עלה כי בחלקה נשוא המחלוקת אושרו תוספת שטחי שירות של 80 אחוז בשנת 2012 וכי בשנת 2013 ניתנו ההקלות הני"ל בשיעור 13.5 אחוז.

92. כמו כן עלה ממכתב היועמ"ש כי התוספות הני"ל ניתנו מכוח תקנה 9(א) לתקנות סטייה ניכרת ולא מכוח הוראות סעיף 151(ב) ונטען בו שמשום כך, מוסמכת הייתה הועדה המקומית להוסיף שטחים אלו כשטח עיקרי. עוד נאמר בסוף מכתב זה כי בהיתר שבנדון, הותר שטח עיקרי של 2,447 מ"ר המהווה 33.3 אחוז וכן שטח שירות של 4,655 מ"ר המהווה 63.38 אחוז משטח המגרש.

93. לטענת המשיבה, חיזקה תשובת היועץ המשפטי דלעיל את המסקנה שהיתר הבנייה אינו חוקי, שכן, השטחים הנוספים שאושרו בהקלות הם שטחים למטרות שירות ולא כשטחים עיקריים (למעט התוספת בגין קומה נוספת שכלל לא נבנתה ועל כן אינה עומדת על הפרק). נוכח תשובה זו, הוגש ביום 06/07/17 הערר ולאחר דיון בו, נתקבל הערר וההיתר בוטל.

94. לטענת המשיבה, מהווה הבקשה להיתר בנייה "סטייה ניכרת" ועל כן לא ניתן לאשרה. במסגרת זו טענה המשיבה טענות אלו:

א. לא ניתן במסגרת ההיתר נשוא הערר והעתירה, לנצל זכויות בנייה שאושרו במסגרת בקשה קודמת להיתר עם הקלה ולאחר שאותו היתר בוצע כבר והבנייה על פי הושלמה.

ב. התוספת בהיתר מ-2017, היא תוספת לשטחים עיקריים ולא לשטחי שירות, זאת משום שמעלית והשטחים הנדרשים לה מוגדרים בתקנות כשטחי שירות.

ג. שטחים שאושרו בהקלה בשל צורך בהוספת מעלית, אינם ניתנים לניצול אחר, כשטחים עיקריים, לאחר שהמעלית כבר נבנתה.

95. לטענת המשיבה, הנסמכת על נימוקי ועדת הערר, בהיתר הראשון אושרו שטחים עיקריים בהיקף של 2,074 מ"ר, המהווים 28.24 אחוז ובהיתר השינויים שתיקן היתר זה, אושרו שטחים עיקריים בהיקף גדול יותר של 2,106 מ"ר המהווים 28.69 אחוז. על פי התוכנית החלה, היקף השטחים העיקריים המותר הוא 20 אחוז, כך שהיתרי הבנייה שניתנו חורגים ב-8.69 אחוז משטחים אלו ועל כן נדרשו הקלות כמותיות במסגרת ההיתר הראשון.

96. המשיבה שבה וסמכה ידיה על נימוקי הועדה אשר דחתה את הסברי העותרת והועדה המקומית למקורם של חריגות אלה (מכוח הקלות שאושרו בהיתר הראשון ובתיקון לו ובין מכוח סמכות הועדה להיתר חריגה של 5 אחוז בשל התקנת מעלית).

97. המשיבה טענה כי היתר, ככל שניתן, אינו יכול לשנות תוכנית, אלא לכל היותר יכול בתנאים מסוימים לאפשר בנייה ספציפית בחריגה מהוראות התוכנית, אולם משנסתיימה אותה בנייה, מוצה ההיתר ולא ניתן לשאוב מכוחו זכויות לצורך בנייה נוספת לגביה נתבקש היתר חדש.

98. עוד טענה המשיבה כי העותרת מבקשת שבית משפט זה יחליף את שיקול דעתה של ועדת הערר בזה שלו בשאלות של תכנון ועובדה שהן בליבת העשייה והמומחיות של הועדה והדבר איננו אפשרי על פי הדין הנוהג (עע"מ 3189/09 החברה להגנת הטבע נגד המועצה הארצית לתכנון ובנייה [פורסם בנבו] (2.7.09) פסקה 26).

99. באשר להפנית העותרת לעמדתן של ועדות מקומיות אחרות בסוגיית סיווגה של "הקלה מעלית" כשטח עיקרי, השיבה המשיבה כי המקורות אליהם מפנה העותרת לא הוצגו כלל בפני ועדת הערר ועל כן לא ניתן להציגם לראשונה בהליך המשפטי כאן. כמו כן, אסמכתאות אלה אינן מוכיחות מאומה לטענת המשיבה ולא ניתן ללמוד מהן דבר לענייננו. הוא הדין לגבי שומות מכריעות של שמאים אליהן היפנתה העותרת במסגרת העתירה ולא הובאו בפני ועדת הערר. לגבי שומות אלה נטען כי אף אחד מהן אינה עוסקת בנייתו תכנוני או משפטי סיווגי.

100. עוד טענה המשיבה כי על מנת לדון בטענות ואסמכתאות אלה, יש צורך לבחון לגבי כל מקרה ומקרה את התוכניות החלות באותו מקרה והאם הן מעניקות זכויות בנייה לצורך הקמת מעלית ואין הדיון בעתירה מהווה את המסגרת לעשות כן.

101. באשר לטענה כי ועדת הערר לא הייתה מוסמכת לדון בערר, ביקשה המשיבה להסתמך על הלכת **שפר**, לפיה מקום בו עולה טענה כי היתר שניתן מהווה סטייה מהוראות תוכנית, יש לתקוף אותו באמצעות הגשת ערר לוועדת ערר. בעניין זה היפנתה המשיבה לדברי כב' הש' עמית בפיסקה 15 לחוות דעתו. כמו כן היפנתה ל- ע"מ 1137/16 ועדת המשנה לתכנון ובנייה תל אביב נגד רטן [פורסם בנבו] (24.2.16, להלן: "פרשת רטן") ולדברי כב' הש' פוגלמן בפיסקה 14, שם.

102. המשיבה ביקשה לדחות את טענת העותרת כי בעניינו אין מדובר בסוגיה של סטייה ניכרת מתוכנית לאור העובדה שסטייה זו כבר אושרה במסגרת הקלות שניתנו ב- 2013 אלא, וכי מדובר בשאלה האם במסגרת ההיתר הנוכחי ניתן לממש זכויות שאושרו בבקשות קודמות אך טרם מומשו. לטענת המשיבה בסופו של יום עסק הערר בשאלה האם ניתן להוציא לפועל היתר בנייה של 340 מ"ר או שמה היתר זה מנוגד למצב הסטטוטורי החל על הקרקע.

במסגרת זו אין להבחין בין כך שהמניעה היא נוכח התוכנית החלה והסטייה ממנה, לבין האפשרות שהקלה קודמת שניתנה אינה חלה על ההיתר הנוכחי.

103. המשיבה גם השיבה לטענה כי למשיבה עצמה אין זכות להגיש ערר בגין היתר שניתן בניגוד לדין, שכן, היא אינה נמנית עם הזכאים להגשת ערר, טענה המבוססת (לגישת המשיבה, בשגגה) על הוראות סעיף 149 (א)(2) לחוק התכנון והבנייה המפרט את זהות הזכאים לקבלת הודעה לפי סעיף 149. לטענתה, תכלית סעיף זה עוסקת במשלוח הודעות אישיות למנויים בו בשל כך שאלו עשויים בסבירות גבוהה להיפגע מאישור הבקשה, אולם אין ללמוד ממנו דבר לעניין זכות עמידתה של המשיבה בהליך הערר.

104. יתר על כן, עררה של המשיבה לא התבסס על הטענה כי ההיתר כלל הקלות שאישורן כפוף להליך הקבוע בסעיף 149 הנ"ל, אלא על כך שההיתר ניתן בחוסר סמכות בשל היותו "**סטייה ניכרת מהוראות התוכנית**" וכלל לא ניתן לאשרו, גם לא בהליך הקלה, משום שהחוק אינו מאפשר מתן הקלות כמותיות (כפי הוראת סעיף 151(ב)).

105. עוד טענה המשיבה כי האינטרס העסקי שלה ראוי להגנה וביקשה לדחות את טענתה הנוגדת של העותרת ולפיה, בשל כך שבהליך ערר קודם (186/14) של המשיבה כנגד הוועדה המקומית, נקבע שלמשיבה לא קמה הזכות לקבל **הודעות אישיות** על בקשה להקלה (משום שאינה בעלת קרקע גובלת ועל כן איננה עשויה להיפגע מאישור ההקלה).

106. לטענת המשיבה, אין כל ספק שהיא עשויה להיפגע מן ההחלטה. ועדת הערר לא קבעה כלל שלמשיבה לא עמדה הזכות להגיש התנגדות אלא רק שלא הייתה חובה לשלוח לה הודעה אישית לפי סעיף 149 הנ"ל. לטענת המשיבה לא רק הזכאים לקבל הודעה לפי סעיף 149 הנ"ל זכאים להגיש התנגדות אלא רשימת הזכאים להגיש התנגדות להיתר רחבה יותר מזו שבסעיף 149, שכן, סעיפים 149 (א)(1) - (2) הנ"ל, מחייבים גם פרסום בעיתונות ובמקום בולט בנכס והדבר מלמד כי גם מי שלא קיבל הודעה אישית, רשאי להתנגד ולתקוף לאחר מכן את ההיתר בהליך ערר.

108. המשיבה ביקשה לדחות את טענות העותרת לפיהן לא העלתה המשיבה טענות לנזק שיגרם לה מתחרות בלתי הוגנת ובעניין זה ביקשה להפנות לפרוטוקול הדיון בפני הועדה בעמודים 8-9, בו הובאו בפני ועדת הערר טענות בעניין זה.

109. באשר למעמדו של מתחרה עסקי וזכותו להגשת התנגדות להיתר ותוכנית, הפנתה המשיבה ל- עע"מ 8193/02 בעניין ראובן נגד פז חברת נפט בע"מ [פורסם בנבו] (17.12.03), להלן: - פרשת ראובן". לטענת המשיבה, זכות עמידה זו חלה גם בהליך של ערר ולא רק בהליך עתירה. המשיבה שבה על טענותיה כי היא בעלת קניין סמוך לקניין של העותרת שהרחבתו מתבקשת לטענתה בניגוד לדין ועל כן זכאית היא כי התחרות ביניהן תתקיים בתנאים שווים.

110. באשר לטענה כי הערר הוגש בשיהוי, טענה המשיבה כי עומדים לה 30 ימים להגיש את הערר מיום שהומצאה לה ההחלטה עליה מוגש הערר. לטענתה, הערר הוגש תוך המועד הנ"ל בהתייחס לעובדה שעל תוכן ההיתר נודע לה רק ביום 08/06/17, לאחר תלאות וטלטולים.

111. המשיבה שבה וטענה כי הועדה המקומית לא קיימה את הוראות סעיף 448ד(א) לחוק התכנון והבנייה, לקיים פרוטוקול מוקלט ולפרסמו באתר האינטרנט שלה בתוך 3 ימים ממועד קבלת החלטתה, הכל בהתאם להוראות סעיף 448 ו-448 בהמשך החוק. המשיבה לא הכחישה כי כבר בחודש 05/2017 נודע לה על מתן ההחלטה נשוא הערר, אך טענה כי היא לא ידעה על תוכנה ולא על פרטיה. בקשתה לקבל העתק מן ההחלטה ופרטיה סורבה ומהנדס הועדה המקומית, מר חגי קול, אף אישר זאת במהלך הדיון בוועדת הערר (עמוד 7 לפרוטוקול ועדת הערר, פסקה 21 להחלטת ועדת הערר).

112. המשיבה המשיכה ופירטה את ניסיונותיה לפנות באמצעות בא כוחה, עו"ד ביטון, ליועמ"ש העירייה. לדבריה, נתבקש עו"ד ביטון להעביר את בקשתו ליועץ המשפטי של הועדה המקומית, עו"ד רותם, אך זה לא השיב לו וכמו כן הובהר לעו"ד ביטון כי יש לפנות בכללים הקבועים לפי חוק חופש המידע. עו"ד ביטון פנה ליועמ"ש העירייה בבקשה נוספת והבהיר כי מדובר בדרישה בלתי סבירה ושב וביקש לקבל את מסמכי ההיתר לצורך הגשת ערר וכן כדי לקבל אורכה להגשת ערר. ביום 21/05/17 השיב עו"ד רותם כי לדעתו לא עומדת למשיבה זכות ערר והואיל שאורכה להגשתו צפויה לפגוע במבקש ההיתר, הרי שאין בידו להיעתר לבקשה להארכת מועד להגשת ערר. מכל מקום, גם אז לא העביר עו"ד רותם עותק מהבקשה או החלטה נשוא הערר, אלא רק ביום 08/06/17 הועברו המסמכים. כ- 10 ימים לאחר מכן הוגש הערר.

משום האמור, ביקשה המשיבה לדחות את טענת השיהוי.

113. לחלופין טענה כי לא הוכחו כל נזקים מן השיהוי ואף לא הוצגו לכך ראיות כלשהן. עוד טענה המשיבה כי הטענה לפיה יש לבטל את ההיתר, עמדה בבסיס הערר שהוגש וככל שסברה העותרת כי יש בהוצאות שהוציאה כדי להטות את הכף כנגד ביטול ההיתר, הרי שהיה עליה לצרף ראיות בנושא ואלה לא הוגשו לוועדת הערר.

114. המשיבה התנגדה לבקשת העותרת לצרף ראיות חדשות בהליך העתירה תוך הפנייתה ל- עתי"מ (חיפה) 688/02 אדם טבע ודין נגד הועדה המחוזית [פורסם בנבו] (3.7.03) וכן ל- עתי"מ (תל אביב)

1791/05 שמש נגד ועדת ערר מחוז מרכז [פורסם בנבו] (19.12.05) וכמו כן ל- עת"מ (י-ם) 644/02
 החברה להגנת הטבע נגד יו"ר הועדה המחוזית [פורסם בנבו] (30.9.02).

115. עוד לחלופין נטען על ידי המשיבה כי גם מעיון במסמכים שצירפה העותרת עולה שאין בהם כדי לבסס את טענות הפגיעה הלכאורית, שכן, חלקם אינו נושא תאריך וחלקם האחר נושא תאריך, נחתם זמן קצר לאחר החלטת רשות הרישוי ובטרם ניתן היתר הבנייה עצמו ובמצב דברים זה אף אם הייתה מקבלת המשיבה את החלטת רשות הרישוי והבקשה מיד עם קבלת ההחלטה, תוך 30 יום, פרק הזמן המוקצה להגשת ערר בחוק, לא היה בכך כדי לשנות את הפגיעה הלכאורית בעותרת אשר לא המתינה ממילא עד לחלוף פרק הזמן הקבוע בחוק להגשת ערר, כדי להתקשר בחוזים.

116. המשיבה אף התייחסה למסמכים שצורפו לכתב העתירה במסגרת נספח 15 לעתירה, אחד לאחד.

117. עוד טענה המשיבה כי מתמונות שצולמו ביום 17/07/17, כ- 10 ימים עובר למועד הגשת הערר, עולה כי העותרת כלל לא החלה בביצוע עבודות בנייה כלשהן במקרקעין למעט הסרת ריצוף מינורית באזור הבנייה.

118. עוד נטען כי בעוד שבפני הועדה ובמסגרת התצהיר בתשובה לערר נטען שהעותרת חתמה על חוזה שכירות אחד, הרי במסגרת העתירה התווספו לטיעוניה עוד שני חוזי שכירות שנחתמו לכאורה למעלה מחודש לפני הגשת התגובה לערר ותמוה מדוע אלו לא קיבלו ביטוי בתצהיר שצורף לערר. עוד נטען כי את הפגיעה הלכאורית הנטענת על ידי העותרת יש לאזן עם הצורך לשמור על שלטון החוק ובמקרה זה אינטרס אחרון זה גובר.

119. באשר להלכת הבטלות היחסית, סמכה גם כן המשיבה ידיה על נימוקי ועדת הערר. לטענת המשיבה האבחנה בין בטלות לנפסדות חלפה כבר מעולם המשפט המינהלי ואין לעסוק בה עוד. במקרה דנן הדיון בוועדת הערר התקיים בבטלות היתר בנייה שניתן שלא כדין, שכן, רשות הרישוי חרגה מסמכותה ונתנה הקלה הנוגדת להוראות סעיף 151(ב) לחוק התכנון והבנייה, הקלה העולה כדי סטייה ניכרת מתוכנית המתאר.

120. לטענת המשיבה לא עסקה ועדת הערר בנפקות החלטת הועדה המקומית אלא בשאלת ההיתר לגופו ומשום כך אין לאבחנה בין בטלות לנפסדות מקום כלל. ועדת הערר נכנסת לנעלי הועדה המקומית, דנה בהיתר לגופו ובסמכויות לתתו אם לאו.

130. לטענת המשיבה, אם הייתה מתבצעת בנייה בפועל על בסיס היתר שבוטל, היה מקום לשקול במסגרת הבטלות היחסית את נפקות הביטול, על מה שכבר נבנה. אך אין להתיר במסגרת דוקטרינת הבטלות היחסית, לבנות, מכוח היתר שבוטל, שעה שטרם נבנה הדבר.

אדון להלן במחלוקות נשוא העתירה.

1. סמכות ועדת הערר

131. דיון בסמכות ועדת הערר להידרש לערר בו הועלו טענות כנגד היתר בניה אשר ניתן לפי הטענה תוך סטייה מתכנית החלה על המקרקעין, התקיים בפסק הדין בעניין שפר, ומסקנת בית המשפט (כב' השי' עמית, אליו הצטרפו יתר השופטים) סוכמה כדלקמן:

"סיכומו של דבר, ומבלי להתעלם מהקשיים העיוניים והמעשיים הכרוכים בהרחבת הזכות להגשת ערר, אני סבור כי טעמים של יעילות ומדיניות משפטית מטים את הכף לכיוון זה. דרך המלך לתקוף את החלטת הועדה המקומית או רשות הרישוי המקומית ליתן היתר בניה כאשר עולה טענה של סטיה מתכנית צריכה להיות בהגשת ערר לועדת הערר. זאת, להבדיל ממחלוקות בשאלות קנייניות או בשאלות של שימוש וחזקה הנדונות בערכאות האזרחיות הרגילות, ולהבדיל מטענות לגבי פגמים מינהליים שאינם קשורים בנושאים תכנוניים, כמו טענה לניגוד עניינים, שיידונו בבית המשפט לעניינים מינהליים. מכל מקום, טוב יעשה המחוקק אם יסדיר את הנושא ויסיר את הספקות לעניין גדר סמכותה של ועדת הערר." (ההדגשה בקו הוספה-י.א.).

132. השאלה אם לוועדת הערר (או לכל ערכאה אחרת), יש סמכות לדון בכתב הערר אם לאו, נבחנת ראש וראשית על פי הטענות המפורטות בו. במקרה דנן טענה המשיבה בכתב הערר שהגישה:

"...שמדובר בשטחים שלא ניתן היה לאשרם על פי התכנית המאושרת החלה על הקרקע שכן לא נותרו שטחי בניה בלתי מנוצלים במתחם, ועל כן דינה להתבטל". (ע' 2 לכתב הערר, פסקה ראשונה ש' 3-2)

מדובר ללא ספק בטענה ל"סטיה מתכנית". על כן, בדין נדרשה וועדת הערר לדון בערר. מכאן שיש לדחות את טענת העותרת להיעדר סמכות לוועדת הערר.

ז. זכות העמידה של המשיבה בערר

133. אין חולק, כפי שצוין לעיל, כי העותרת וגם המשיבה, הן בעלות זכויות בקניונים הסמוכים לצומת המצודות, צפונית לקריית שמונה. אין חולק כי בין השתיים מתקיימת תחרות עסקית. אין גם חולק כי מקרקעי המשיבה אינם מקרקעים שכנים או גובלים למקרקעי העותרת.

134. על אף האמור, הכירה ההלכה הפסוקה בזכותו של מתחרה עסקי (בסייג של קירבה גאוגרפית מסוימת, המתקיימת במקרה דנן), להגשת ערר כנגד מתחרהו, אשר קיבל, שלא כדין, היתר בניה המאפשר לו להתחרות במגיש הערר, גם מקום בו לא מתקיים גבול משותף או שכנות ממש. כך נאמר בפרשת מקס ראובן הנ"ל:

"המערער טען כנגד האינטרס העסקי או הכלכלי שיש למשיבה בפרשה שלפנינו, אלא שאינטרס זה אין בו כדי לפגוע בזכות העמידה של המשיבה, וכל עוד טוענת היא נגד פעילות בלתי חוקית, או כנגד מעשה שלא כדין, המקנה יתרון למתחרה עסקי שלה, אין לחסום בפניה את הגישה לבית המשפט (בג"ץ 287/91 קרגל בע"מ נ' מנהלת מרכז השקעות בע"מ, פ"ד מו(2) 852, בעמ' 861-862).

אין בגישתנו זו כדי לסכל את המגמה של תחרות במשק הדלק, או תחרות עסקית בדרך כלל, כנטען על-ידי המערער, שכן כל עידוד של תחרות עסקית והרחבת הענף מבורך אך מותנה הוא בקיום הוראות הדין.

אשר על כן, אני סבורה כי הטענות לענין מעמדה של המשיבה אין בהן ממש. (ההדגשה בקו הוספה-י.א.).

135. עיינו הרואות, ההלכה הנ"ל לא התנתה את זכות העמידה בקיומה של שכנות ממש או גבול משותף בין מקרקעי הצדדים. די בקיומה של תחרות עסקית של ממש, ומקום בו מדובר בשני קניונים סמוכים המצויים במרחק מאות מטרים לערך זה מזה, תחרות שכזו וודאי מתקיימת.

136. ב"כ העותרת טען כי המשיבה לא טענה במסגרת כתב הערר כי היא מתחרה עסקית הנפגעת מתחרות לא הוגנת. עיון בכתב הערר מלמד כי העובדה שהעוררת/המשיבה דן, היא בעלת קניון סמוך צויינה בסעיף 9 לכתב הערר. כמו כן נטען בכתב הערר לאי חוקיות במתן היתר הבניה לעותרת. אמנם דבר התחרות העסקית הלא הוגנת בין הצדדים לא צוין במפורש, אך הוא נלמד מן העובדות הנ"ל.

137. יתר על כן, העותרת עצמה ציינה בכתב תשובתה לערר בסעיף 4 כי: " **העוררת** (היא המשיבה דנן- י.א.)... **פעלה ופועלת... בשל שיקולים עסקיים ובשל רצונה של העוררת למנוע כל תחרות עסקית בסביבתה הקרובה**". אם כן דבר קיומה של תחרות עסקית בין הצדדים נטען ע"י העותרת עצמה בתשובתה לערר ולא היה כלל שנוי במחלוקת.

138. יתר על כן, עיון בפרוטוקול הדיון בפני ועדת הערר שצורף לעתירה, מלמד כי בעמוד 7 שבו (ועד ע' 8) טען גם טען ב"כ המשיבה דן לקיומה של תחרות עסקית לא הוגנת ולא באה בעקבות דבריו אלו כל התנגדות מצד העותרת להרחבת החזית בערר. על כן, בדין קבעה וועדת הערר כי למשיבה זכות עמידה בערר שבפניה, בהיותה מתחרה עסקית הטוענת לתחרות לא הוגנת תוך סטייה מהוראות הדין.

139. אין ממש גם בטענת העותרת ולפיה, במסגרת ערר קודם שהגישה המשיבה (ערר 186/14, אשר נדחה), קבעה וועדת הערר כי לא מתקיימת פגיעה במשיבה. שכן, ועדת הערר הבהירה כי קביעתה הנ"ל נעשתה במסגרת דיון בשאלה אם נתקיימה חובה למתן הודעה אישית למשיבה לפי הוראת סעיף 149 (א)(א2)(א), לחוק התכנון והבניה, ואין באמור שם, כדי ללמד על זכות עמידתה של המשיבה בערר נשוא העתירה כאן.

140. עיון בהחלטת ועדת הערר שנתקיים בתיק ערר 186/14 הנ"ל מלמד כי אין מדובר באמירה כי לא מתקיימת פגיעה במשיבה. באותו מקרה נדונה טענת אי חוקיות שהעלתה המשיבה דן (כעוררת) אל מול טענת שיהוי חמור שהעלתה העותרת דן (כמשיבה שם), טענת שיהוי אשר נתקבלה לבסוף.

141. כמו כן עיון בהחלטה הנ"ל מלמד כי ה"פגיעה" בה דנה וועדת הערר באותו מקרה הייתה הפגיעה בחוק, אל מול השיהוי שהשתהתה המשיבה דן באותו מקרה. (פגיעה שלא הייתה כה חמורה לדעת וועדת הערר באותו מקרה כדי להתגבר על השיהוי). במסגרת זו בדקה וועדת הערר אם נתקיימה פגיעה בחוק, אותה שיקללה אל מול השיהוי הארוך בהגשת אותו ערר, וקבעה: " **אין מדובר בפגיעה כה חמורה מן הסוג שיש בו כדי להתגבר על טענת השיהוי**".

142. נוכח האמור יש לדחות את טענות העותרת להיעדר זכות עמידה למשיבה בהליך הערר.

ח. שיהוי

143. אין חולק, כי בתחילת שנת 2017 הגישה העותרת לוועדה המקומית בקשת הקלה לתוספת 340 מ"ר כשטח עיקרי לשטחי המגרש (מהווה 4.6 אחוז משטח המגרש). בקשה זו אושרה על ידי רשות הרישוי ביום 23/04/17 והיתר הבניה (כנגדו הוגש הערר) ניתן ביום 04/06/17 (וועדת הערר ציינה בשגגה את המועד 6.7.17, כמועד מתן ההיתר).

למשיבה 4 הותר לעיין במסמכי ההיתר רק ב- 19.6.17.

המועד להגשת ערר על ההיתר שניתן, כעולה מסעיף 152 (א)(1) לחוק התכנון והבניה, הינו תוך 30 יום מיום מתן ההיתר. **הערר הוגש ביום 6.7.17.**

144. במסגרת העתירה טוענת העותרת, שנודע למשיבה על ההיתר כבר במאי. לטענתה, די בעצם ידיעה על ההחלטה/אישור למתן היתר ואין צורך בהמתנה למסמכי הבקשה על מנת להגיש ערר. העותרת הפנתה לתצהיר של רכז הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית שמונה, **מר דויד צביאל**, לפיו, נציגה של המשיבה קיבל את **הבקשה להיתר** ימים ספורים לאחר החלטת ועדת הרישוי ליתן היתר ועוד קודם למתן ההיתר. על כן טענה שלא יכולה להיות מחלוקת כי עררה של המשיבה הוגש בשיהוי.

145. אציין כבר כעת כי אכן שגגה נפלה תחת ידה של וועדת הערר עת ציינה כי ההיתר הוצא ביום 6.7.17 כאשר הוא הוצא חודש קודם, ב- 4.6.17, אולם אין בכך לטעמי די כדי להתערב בנימוקי החלטתה שלפיהם, לא ראתה בנסיבות העניין לדחות את הערר מחמת שיהוי.

146. הוועדה דנה בטענה השיהוי תוך שהיא מתייחסת ל-3 יסודות השיהוי שנקבעו בפסיקה (כפי שהובאו בע"מ 7142/01 **הועדה המקומית לתו"ב חיפה נ. החברה להגנת הטבע** [פורסם בנבו] (24.2.02)): הסובייקטיבי, האובייקטיבי וחומרת הפגיעה בשלטון החוק. לאחר כל אלו, קבעה הוועדה כי לא נתקיים שיהוי מצד המשיבה בהגשת הערר (נימוקי הוועדה הובאו לעיל).

147. אכן עניין נושא ההחלטה הובא לידיעת המשיבה במהלך חודש מאי אך וועדת הערר ראתה בחומרה, ובצדק לטעמי, את העובדה שהמשיבה ביקשה לקבל את מסמכי ההיתר על מנת שתוכל להגיש ערר ונדחתה על ידי הוועדה המקומית. (נציג הוועדה המקומית אישר במהלך הדיון בערר את אי מסירת מסמכי ההיתר למשיבה כטענתה), ונוכח העובדה כי הועדה המקומית לא פרסמה (כדרישות התקנות) תוך 5 ימים, בקובץ אלקטרוני חתום את ההיתר ומסמכי הבקשה, סברה וועדת הערר שיש להתחיל את מניין הימים מן המועד שבו ניתן למשיבה לעיין במסמכי הבקשה, 19/06/17, והואיל שחלפו רק פחות משבועיים עד להגשתה, מצאה הוועדה כי המשיבה פעלה במהירות סבירה.

כך קבעה וועדת הערר בעניין זה :

"על פי ס' 152 לחוק, המועד להגשת ערר על החלטה לתת היתר הוא 30 יום מיום קבלת החלטה. פרק זמן זה ראוי לאימוץ ככלל אף במקרה של עורר הטוען טענה כנגד היתר הסוטה מתוכנית, מבלי שפורסמו הקלה / שימוש חורג. יחד עם זאת, בדומה לאפשרות להאריך את המועד להגשת ערר מכוח ס' 152 לחוק, כך גם בנוגע לערר על היתר הסוטה מתוכנית יש לבחון את מועד ההגשה הסביר לאור מכלול הנסיבות ודיני השיהוי....".

"בענייננו הערר הוגש ביום 6.7.17 כאשר אין חולק כי העוררת ידעה על החלטת הוועדה המקומית כבר בחודש מאי 2017 דא עקא שלא ניתן לעוררת לעיין במסמכי הבקשה עד ליום 19.6.17 – דבר שאושר על ידי מהנדס הוועדה המקומית בדיון .

אי מתן אפשרות לעיין בהיתר לאחר שנציגים מטעמים העוררת הגיעו למשרדי הוועדה המקומית והפניית ב"כ להליך על פי חוק חופש המידע אינה עולה בקנה אחד לא עם המועד הנטען להגשת הערר (30 יום מיום שנודע לעוררת על ההחלטה) ולא עם הוראות תקנות התכנון והבנייה (רישוי בנייה) תשע"ו-2016. אשר קובעות כי קובץ אלקטרוני חתום של ההיתר יפורסם באתר האינטרנט של הוועדה המקומית בתוך 5 ימים מיום נתינתו, וכך הוא אמור להיות נגיש לעיון הציבו (תקנה 61) ... מניעת אפשרות העיון בפרטי הבקשה וההיתר שוללת למעשה את היכולת להגשת התנגדות או ערר מכוחה של הלכת שפר הנ"ל, ודחיית הערר על הסף מפאת שיהוי נותנת יד לסחבת בהליך העיון על מנת לזכות בחסינות מהליכים ערעוריים. לכך אין לתת יד."

148. המשיבה פירטה בכתב תשובתה (בס' 90) כי לאחר קבלת החומר מהוועדה המקומית היא בחנה את תוכנו ועל מנת להימנע מטענות שווא פנתה ב-19.6.17 ליועץ המשפטי של הוועדה המקומית בשאלות שונות לגבי חוקיות ההיתר (נספח 3) תשובת היועץ הועברה עשרה ימים לאחר מכן ב-26.6.17 (נספח 4). הערר הוגש ביום 6.7.17 דהיינו, תוך 30 יום ממועד מסירת מסמכי ההיתר למשיבה (וזאת בהתאם להלכת שפר).

149. מסקנת וועדת הערר לפיה, מניעת אפשרות העיון בפרטי הבקשה וההיתר שוללת למעשה את היכולת להגשת התנגדות או ערר מכוחה של הלכת שפר (הלכת שפר קובעת כי מי שמתנגד להיתר שניתן והגיש את התנגדותו בפני הוועדה המקומית וזו נדחתה או שידע על מתן ההיתר צריך יהיה להגיש את הערר תוך 30 יום מיום שנודע לו על מתן ההיתר). וכי דחיית הערר על הסף מחמת שיהוי נותנת יד לסחבת בהליך עיון על מנת לזכות בחסינות מהליכי ערר, **בדין יסודה**.

150. אם כן בעניינו פרק הזמן להגשת ערר על ידי המשיבה הינו שלושים יום מיום שנודע לה על ההיתר ועל תוכנו (ראו פסקה 19 להחלטת וועדת הערר). ההחלטה על אישור הבקשה להיתר התקבלה ביום 23.4.17 אולם היא נמסרה למשיבה רק ביום 8.6.17 **ועל כן הערר הוגש במועד**. אין ספק כי האחריות לאי הידיעה על ההחלטה רובצת לפתחה של הוועדה המקומית ואין להעניש את המשיבה על התנהלות שלילית של הוועדה המקומית ואיני סבור כי יש להתערב בהחלטה זו.

אם כן אני קובע כי הערר הוגש במסגרת סד הזמנים ויש לדחות את טענת השיהוי בהגשת הערר.

ט. דעה מוקדמת של וועדת הערר

151. לטענת העותרת, ההחלטה לבטל את ההיתר נתקבלה אצל וועדת הערר עוד קודם לדיון ועוד בטרם שמעה את טענות העותרת והוועדה המקומית.

152. לטענת העותרת נוכח ההחלטה להתליית ההיתר, עוד בטרם ששמעה את טיעוני העותרת והוועדה המקומית וכן נוכח העובדה שבנימוקיה באשר לזכות הערר של המשיבה (העוררת בערר), נקבע על ידי וועדת הערר כי המשיבה עלולה להיפגע מההיתר שניתן לעותרת (וזאת בניגוד לעמדתה בערר בעניינו של ההיתר הראשון ועל אף שהיקף הבנייה שהותר בהיתר 2017 נמוך בשיעור משמעותי

מזה שהותר בהיתר הראשון) ונוכח העובדה שהחלטת וועדת הערר ניתנה מיד לאחר הדיון עוד בטרם ניתנה הזדמנות להעביר את המסמכים המבססים את טענת ההסתמכות, תוך שהוועדה מציינת כי העותרת לא הוכיחה את טענותיה באשר להסתמכות על ההיתר, יש בכך לבסס את הטענה כי וועדת הערר באה עם דעה מוקדמת להליך הערר והחלטתה נתקבלה עוד קודם.

153. סבורני כי יש לדחות טענה זו, הוועדה נתנה לעותרת אפשרות לשטוח את טענותיה באריכות. הוועדה נימקה את החלטתה באופן מעמיק ומפורט (ראה נספח 2 לעתירה) תוך הפנייה לפסיקה רלוונטית. יש בהחלטת הוועדה התייחסות לרוב טענות העותרת (הן לטענות סף והן לגופה של הבקשה להיתר) ועל כן לא מצאתי כל בסיס לטענה זו ודינה להידחות.

י. האם נתקיימה חריגה מן התכנית החלה?

154. השאלה העיקרית שיש לבחון במקרה דנן היא האם ניתן להשתמש כיום לצורך בניית 340 מ"ר שטח מסחרי שהינו שטח עיקרי, ב- 5% הקלה שניתנה בגין תוספת מעלית (שהנה חלק מההקלה של -13.5%) שניתנה בהיתר הראשון?

155. לאחר שבחנתי את טיעוני הצדדים ואת הפסיקה באתי לידי מסקנה כי התשובה לכך היא שלילית וזאת מהנימוקים שיפורטו להלן:

ועדת הערר התייחסה לטענות העותרת ודחתה אותם מכל הנימוקים הבאים:

א. ההקלה של 5% עבור מעלית היא תוספת של שטחים להקמתה של מעלית ולא לשטח מסחרי בהיקף של לא יותר מ-5%.

ב. הקלה ניתנת לניצול במסגרת ההיתר בו ניתנה ולא בהיתרים מאוחרים.

ג. מכיוון שמעלית היא שטח שירות, בהתאם לתקנה 9 (ד) (2) לתקנות התכנון והבנייה (חישוב שטחים ואחוזי בנייה בתוכניות ובהיתרים) תשנ"ב-1992, מדובר בתוספת שטחי שירות ולא של שטח עיקרי ומידתה היא בהיקף הנדרש עבור בניית המעלית.

ד. השטחים המיועדים למעליות נוצלו כולם במסגרת שטחי השירות שנכללו בהיתר הראשון ובהיתר השינויים עבור כל המעליות (לרבות המעלית המבוקשת בבקשה החדשה בשטח שהותר בהיתר השינויים לבנייה) וכך גם תוספת השטחים העיקריים שאושרה בדרך של הקלה ואך מעבר לכך (6% +2.5%) ואף מעבר לכך, כך שלא נותרה יתרת זכויות לניצול בוודאי לא של שטח עיקרי לא מכוח ההקלות ולא מכוח התוכנית.

לאחר שבחנתי נימוקים אלה, על יסוד טענות הצדדים בפני, מצאתי שלא נפל בהחלטת הוועדה שום עילה להתערבות בית משפט זה.

יא. ההקלה היא לצורך בניית מעלית ולא לשטח מסחרי

156. אין חולק שההקלה שניתנה, אשר לטענת העותרת לא נוצלה, ניתנה בשעתו לשם הקמת מעלית. אף העותרת משתמשת במונח "הקלת מעלית". גם בהיתר הראשון שבמסגרתו ניתנה ההקלה מצוין במפורש "הקלה בתוספת 5% עבור התקנת מעלית בבניין" (נספח 8 לעתירה). ההדגשה בקו הוספה –א.).

מכאן שאחוזי הבנייה מכוח ההקלה ניתנו לשם הקמת מעלית. העותרת אינה יכולה לבקש שימוש אחר באחוזי בנייה ייעודיים אלה לצורך שימוש מסחרי.

יג. הקלות ניתנות לניצול רק בגדר ההיתר שבמסגרתו ניתנו- ההיתר צמוד תוכנית

157. ההיתר הינו הוראת ביצוע של התוכנית. מגיש הבקשה להיתר מבקש לפעול על פי התוכנית ולהקים מבנה. מקום שהתוכנית אינה מאפשרת את הקמת המבנה המבוקש אזי רשאי מבקש ההיתר, במגבלות הדין, לבקש היתר בהקלה, קרי לחרוג מהוראות התוכנית להקמת הבניין. כך בענייננו. משלא הספיקו אחוזי בנייה לעותרת, עוד בשלב ההיתר הראשוני, היא הגישה בקשות לבנות בחריגה מהאחוזים שהותרו בתוכנית. משנסתיימה הבנייה על פי ההיתר וכך הוא בענייננו, כפי שנקבע בהחלטת וועדת הערר, חלף לו מן העולם תוקף ההיתר, ואתו, ההקלות שאושרו לצורך בניית המבנה המבוקש.

158. ס' 147 לחוק המצוי בפרק הרישוי קובע כי "הוועדה המקומית רשאית לתת הקלה למבקש היתר לפי סעיף 145" (ההדגשה בקו הוספה- י.א.). מכאן שהקלה להבדיל מתוכנית אינה אקט תכנוני הקובע נורמה תכנונית למקרקעין אלא אקט של רישוי הצמוד להיתר ומכאן שניתנת היא לניצול רק במסגרתו של ההיתר בו ניתנה ולא במסגרת היתרים מאוחרים, כך שהעותרת ממילא אינה יכולה לטעון לניצול זכויות מהקלות במסגרת היתרים קודמים.

יד. ההקלה ניתנה עבור שטח שירות והעותרת מבקשת לעשות בה שימוש לבניית שטח עיקרי

159. המרת שטחי שירות לשטחים עיקריים או עשיית שימוש לצרכים עיקריים בשטחי שירות אסורה על פי הדין ומהווה סטייה ניכרת מהוראות התוכנית. ראה לעניין זה תקנה 162 (לתקנות תכנון ובנייה (סטייה ניכרת מתוכנית) תשס"ב 2002, הקובעת כי שינוי שימוש משטח שירות לשימוש למטרה עיקרית הוא "סטייה ניכרת מתוכנית". זוהי סטייה שלא ניתן לאשרה בדרך של הקלה אלא בדרך של תוכנית. יש כאן למעשה תוספת של שטחים שניתנו בניגוד לתוכנית שחלה.

160. על פי חוק התכנון והבנייה והתקנות שהותקנו מתוכו יש להבחין בין שטח עיקרי המיועד לשימושים העיקריים במבנה כגון מסחר לבין שטחי שירות כגון אחסנה או נגישות.

161. אישור היתר הנוגד את התוכנית החלה על הקרקע עומד בניגוד להוראה מפורשת לס' 145(א) לחוק התכנון והבנייה. לעניין דומה התייחס כב' השופט המר בע"פ 536/94 מרכז הספורט אזור בע"מ נגד מדינת ישראל פד"י נ"ה (1) שם נקבע כי מקום שהרשות נתנה היתר בנייה בהתעלמות מתוכנית בניין ערים היא חרזה מסמכותה מבחינה פונקציונאלית וההיתר ייחשב כבטל מעיקרו.

162. ס' 151 לחוק התכנון והבנייה תשכ"ה-1965 קובע:

"151. (א) לא יינתנו הקלה או היתר לשימוש חורג אם יש בכך סטייה ניכרת מתכנית החלה על הקרקע או הבנין.

(ב) תוספת לשטח הכולל המותר לבניה על פי הקבוע בתכנית שהופקדה לאחר כ"ט בתמוז תשמ"ט (1 באוגוסט 1989), היא סטייה ניכרת; שר האוצר, בהתייעצות עם המועצה הארצית, רשאי לקבוע, בתקנות, מה עוד ייחשב כסטייה ניכרת לענין סעיף זה.

(ב) על אף האמור בסעיף קטן (ב), תוספת שטחי שירות של עד 5% משטח המגרש או 5% מהשטח הכולל המותר לבניה במגרש, הנמוך מביניהם, הנדרשים בשל ביצוע התאמות נגישות, לרבות בניית מעלית, אשר אינן מתחייבות לפי הוראות לפי פרק ה'1 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, או לפי הוראות לפי פרק ה'1א לחוק זה – לא תיחשב כסטיה מתכנית".

163. אם כן, רשות הרישוי נתנה היתר ואישרה הקלה המנוגדת לסי' 151 (ב) לחוק התכנון והבנייה (אישרה תוספת לשטח כולל המותר לבנייה העולה כדי סטייה ניכרת מהוראות התוכנית. על כן דינו להתבטל.

164. בניגוד לטענת העותרת בעתירה, ההקלה שניתנה לעותרת בזמנו ניתנה לצורך התאמת נגישות (שבמקרה דנן מחויבת דין), היא תוספת של שטחי שירות בלבד שנועדה לאפשר את הקמת המעלית זאת מכוח ס' 151 (ג 1) לחוק התכנון והבנייה שקובע:

"בהיתר הניתן מכוחה של התוכנית שהופקדה לפני יום י' בכסליו (1 בדצמבר 2006) תוספת שטחי שירות המתחייבות לצורך התאמת נגישות הנדרשות לפי הוראות שלפי פרק ה'1 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות או לפי הוראות שלפי פרק ה'1א לחוק זה לא תיחשב כסטיה מתוכנית".

מהוראה זו למדים כי תוספת שטחים לצורך התקנת מעלית היא תוספת של שטחי שירות ולא של שטח עיקרי והיקפה הוא במידה הנדרשת להקמת מעלית.

על כן מסקנת הוועדה כי הקלת מעלית הנה עבור שטח שירות בלבד נכונה ואין להתערב בה.

טו. טענת העותרת כי מקור ההקלה הוא בתקנה 9 (א) לתקנות התכנון והבנייה (סטייה ניכרת מתוכנית) התשע"ב-2002

165. יש לדחות את טענת העותרת כי מקור ההקלה הוא בתקנה 9 (א) לתקנות התכנון והבנייה (סטייה ניכרת מתוכנית) (התשע"ב-2002) (להלן: "תקנות סטייה ניכרת") שקובעת כי:

"על אף האמור בתקנות 2 ו-3 יראו לגבי תכנית שהופקדה עד יום כ"ט בתמוז תשמ"ט (1 באוגוסט 1989) כסטייה ניכרת, הגדלת שטח הריצפה הכולל המותר לפי התוכנית באחוזים משטח המגרש העולה על 6%, בתוספת –

2.5% - לכל קומה נוסף על מספר הקומות המותר על פי התוכנית לא יותר מ-5%.

5%- אם מספר הקומות בבניין או גובה הבניין מחייב התקנת מעלית ולא קיימת מעלית בבניין במועד הגשת הבקשה להקלה ובתוכנית החלה לא קיימות זכויות בניה להקמת מעלית ובלבד שלא תותר תוספת של יותר מ-5%".

166. תקנה זו עניינה בבנייתה של מעלית שהתקנתה מחויבת בשל "מספר הקומות בבניין או גובה הבניין". בענייננו, מדובר בבניין בן 2 קומות בגובה של 8 מ' שאינו עונה על הגדרת "בניין גבוה" או "בניין רב קומות" {כהגדרתם בתקנה 1 לתקנות תכנון ובנייה (בקשה להיתר, תנאיו ואגרות) התש"ל-1970} שלגביו קבועה בחוק חובת התקנת מעלית (ס' 158א לחוק).

167. בענייננו, החובה להתקנת מעלית אינה נובעת איפוא מגובהו של הבניין אלא מהנגשתו של הבניין כמקום ציבורי כמשמעותו בס' 158 ו' לחוק התכנון והבנייה התשכ"ה-1965 ועל כן תקנה 9 (א) הנ"ל, לא חלה.

168. נכון שתקנה 9 (א) לתקנות סטייה ניכרת אינה מציינת אילו שטחים למעלית ניתן להוסיף מכוחה, (עיקריים או שטחי שירות), אולם, תקנה זו מתייחסת לתוכניות שהופקדו לפני שאבחנה זו עוגנה בתקנות התכנון והבנייה (חישוב שטחים ואחוזי בניה בתוכניות ובהיתרים) תשנ"ב 1992 (להלן: "תקנות חישוב שטחים"). על כן תקנה זו מתייחסת להגדלת שטח הרצפה הכולל המותר לבנייה.

169. כמו כן מעלית מסווגת כשטח שירות על פי תקנה 9 (ד) 2 לתקנות חישוב שטחים לפיה:

"בכפוף לאמור בתקנת משנה (ו) ייראו השטחים שנועדו בתוכנית רק למתן שירותים נלווים למטרה מן המטרות העיקריות האמורות בתקנת משנה (ב) כשטחי שירות אם הם נמנים עם אחד מאלה ...:

(2) מערכות טכניות ומתקני שירות: חדר למכונות או למיתקנים טכניים למתן שירותים לבניין, לרבות הסקה, תקשורת, אוורור, קירור, חשמל, שנאים, גנרטור, מעלית, מקום למיכל גז, לאצירת אשפה, מעברים לצנרת, חדר בקשה ומרום למתן שירותים כיוצא באלה".

לכן גם אם חלה תקנה זו יש להתייחס להקלה שנועדה לאפשר את הקמתה של המעלית כמתירה את סוג השטחים המיועדים מלכתחילה לשם כך, שהם שטחי שירות ואת ההיקף הנדרש לשם כך בלבד.

170. בעע"מ 8971/06 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה חיפה – עיריית חיפה נגד וועדת ערר מחוזית [פורסם בנבו] (4.2.09) נקבע כך:

"אין באמור כדי למנוע מהוועדה המקומית לשקול בנסיבות מיוחדות את הגדלת אחוזי הבנייה עד ל-5% לצורך שטחים שהם חיוניים לבניית מעלית ואינם נכללים בתוכנית כאמור הדבר נוגע לאזורי גישה מיוחדים בבתיים שבהם נדרשים באופן מיוחד שטחים נלווים למעלית מעבר לפיר ולחדר מכונות. עניין זה יבחן על פי הצורך באותם מקרים וניתן יהיה לפרש את הצורך בהקלה על פי הנסיבות". (הדגשות אינן במקור י.א.).

171. מדברים אלה עולה כי תוספת השטחים תכליתה לאפשר הקמת מעלית (ולא הגדלת שטחי השימוש העיקריים). היקפם של השטחים שיאושרו נגזר מצורך מוכח באותם השטחים למטרה זו. בענייננו, לא הוכח כי יש צורך בשטחים נוספים לשם הקמת המעלית מעבר לפירי המעליות בעצמם (או שטחי מעברים, שאף הם שטחי שירות), אשר אושרו כבר במסגרת היתר הבנייה הראשון והיתר השינויים לו. לפיכך, הקלה זו נוצלה עד תום במסגרת שטחי השירות שניתנו למטרות אלה.

טז. תקנה 9 (א) לתקנות סטייה ניכרת - תמריץ לבניית מעלית ?

172. ועדת הערר קבעה בהחלטתה כי יש לדחות את טענת העותרת לפיה, תקנה 9 (א) לתקנות סטייה ניכרת נועדה לתמרץ הקמת מעלית ולשם כך מעניקה שטחים עיקריים משום שפרשנות כזו אינה עולה בקנה אחד עם לשון התקנה ועם תכליתה וזאת מכמה סיבות.

173. **ראשית**, משום שאם מדובר בתמריץ המנותק מהשטחים הנדרשים להקמת המעלית לא היה צריך לסייג הכלול בסייפא של התקנה "**ובלבד שלא תותר תוספת של יותר מ-5%**".

שנית, התקנה מתייחסת למבנים שבהם קיימת חובה בדין להתקין מעלית ופשיטא שנוכח חובה כזו, אין צורך לתמרץ בניה בהתאם לעשרות ומאות דרישות אחרות מכוח הדין.

ועדת הערר נסמכה על האמור בעת"מ (חיפה) 3116/06 **גילעם חברה לבניין ופיתוח בע"מ נ' ועדת ערר מחוזית מחוז חיפה** [פורסם בנבו] (29.6.06) שם נדחתה טענה לפיה, תוספת זכויות בהיקף של 5% נועדה לפצות על ההוצאה הכרוכה בהקמת מעלית שכן העלויות הכרוכות בהתקנת מעלית מתקזזות בהעלאת ערכן של הדירות ובפועל הקבלן מגלגל את הוצאות הבנייה ובכללן את הוצאות בניית המעלית על רוכשי הדירות. לכן אין כל היגיון במתן הקלה לקבלן בשטח הבנייה הכולל של המבנה.

שלישית, אם היה מדובר בתמריץ להקמת מעלית הרי שהיה מקום לתת גם ביחס לתוכניות שכוללות שטחים למטרה של הקמת מעלית, שכן אליבא שגישת הוועדה המקומית התוספת היא של שטחים עיקריים שניתן לנצלה למטרה עיקרית שאינה הקמת מעלית ואין זה משנה אם זה כולל הקמת מעלית אם לאו. אם המחוקק היה רוצה לתמרץ תוספת בניית מעליות באמצעות תוספת כללית של שטחים עיקריים הרי שלא היה מקום לסייג הוראה זו ביחס לתוכניות הכוללות שטח להקמת מעלית ללא תמריץ.

סבורני כי מסקנה זו של וועדת הערר כי אין מדובר בתמריץ נכונה מנומקת ומבוססת, במיוחד נוכח העובדה שהתקנה הנ"ל מתייחסת למבנים שחובה על פי דין להקים בהם מעלית ואין צורך כלל בתמריץ.

על כן לא מצאתי מקום להתערב במסקנת וועדת הערר או בנימוקה, ואף לא להוסיף עליהם.

יז. האם נותרו שטחים עיקריים שלא נוצלו?

174. לטענת העותרת, במסגרת ההיתר הראשון נוצלו שטחים שהוספו בדרך של הקלה תחילה כשאלה כוללים 5% שטח עיקרי עבור מעלית ועל ידי כך נותרו זכויות מכוח התוכנית עצמה שלא נוצלו.

175. וועדת הערר דחתה טענה זו וקבעה כי לא נותרו בידי העותרת יתרת זכויות לניצול, לא נותר שטח עיקרי לא מכוחה של התוכנית ולא מכוחן של ההקלות שאושרו לעותרת. איני מוצא להתערב בקביעה זו של הוועדה שעוסקת בניתוח תכנוני פרטני של שטחי הבנייה שאושרו בהיתרים קודמים וכדומה בהם **אין בית המשפט אינם מחליף את שיקול דעתה של הוועדה**. התערבות בית המשפט נעשית במשורה והתערבותו של בית המשפט היא רק בעילות מצומצמות כגון: חריגה מסמכות, חוסר תום לב או חריגה ממתחם הסבירות ראה לעניין זה האמור בעע"מ 2418/05 מילגרם נ' הוועדה המחוזית ירושלים [פורסם בנבו] (24.11.05).

לא מצאתי כי נתקיימו עילות אלה בענייננו ועל כן אני סומך על קביעת הוועדה כי לא נותרו בידי העותרת יתרת זכויות לניצול.

למעלה מן הצורך ייאמר, כי לעותרת לא אושרה במסגרת היתר קודם הקלה של 5% בשטח עיקרי, אלא אושרה לה הקלה לצורך הקמת מעלית. ככל שבחרה אז לא להקים את המעלית, הרי שזנחה את אותה הקלה ואין היא רשאית לטעון ל"המרתה" כיום, לשטח עיקרי.

יח. תחולת דוקטרינת הבטלות היחסית

176. לטענת העותרת, הוועדה התעלמה מכך שההתקשרויות שלה מול צדדי ג' החלו בחודש 4/2017 והעותרת נכנסה להתחייבויות. נוכח התחייבויות אלה, הרי שיש להפעיל את תורת הבטלות היחסית בשל הסתמכות העותרת על היתר שניתן לה.

177. אציין כי לצורך ביסוס טענה זו לא הוצגו אסמכתאות בעניין זה בפני וועדת הערר. מעיון בהתחייבויות אותן פירטה העותרת בעתירתה (ס' 56 לעתירה), המסמכים המצוינים בס' 56(א) – (ו), (ט) ו-57(א) כולם מועדם קודם למועד הנפקת ההיתר נשוא הערר (ההיתר הונפק ב-4/6/17 ואילו המסמכים הנטענים הם מאפריל-מאי). באשר להתקשרויות של העותרת עם בעלי המקצוע לביצוע עבודות בנייה, יש לציין כי התקשרויות אלה ברובן מתייחסות לביצוען של עבודות עתידיות, שטרם הוחל לביצוען וממילא טרם שולם עבורן. לא הוצגו בפני וועדת הערר אסמכתאות לביצועם של תשלומים מכוח התקשרויות אלה. באשר להיטלים (לתאגיד המים), לא נטען על ידי העותרת כי לא תהיה זכאית להשבתם עם ביטולו של ההיתר שניתן. באשר להסכמים להשכרת המבנה מחודש יוני (הנטענים בס' 57 (א), 57(ב) ו-57 (ג)) יש לומר כי נוכח המתחויות והיריבות העסקית המתמשכת בין העותרת למשיבה, ונוכח העובדה כי המשיבה פנתה לוועדת הערר כבר בחודש יוני לצורך עיון במסמכי ההיתר הרי שבעת שהסכמים אלה נחתמו יכלה העותרת לצפות שיש סיכון שיכול ולא ניתן יהיה לממשם בשל הגשת ערר וגם משום כך יש לדחות את הטענה להסתמכות.

178. באשר לתורת הבטלות היחסית נקבע כך :

טבעה של הבטלות היחסית הוא שמבחינה בין הפגם שנפל בפעולת השלטון לבין הסעד השיפוטי הניתן בעקבותיו... היא מאפשרת להימנע מגישה משפטית של "יקוב הדין את ההר" ומתחשבת תחת זאת בכלל הנסיבות ובמצוות ההיגיון. "יתרונה של תורת הבטלות היחסית בגמישות שהיא מאפשרת בהיותה מותאמת למורכבות המציאות, לגוונה ותת גוונה" - דברי השופט ע' ארבל בע"פ 1523/05 פלוני נ' מדינת ישראל בפסקה 49 (טרם פורסם, [פורסם בנבו], 2.3.06) " {ראה בג"ץ 7067/07 חיים נתנאל בע"מ נ' שר המשפטים פרופ' דניאל פרידמן, [פורסם בנבו] עמ' 22 פסקה 37 (30.8.07).

179. ועדת הערר הבהירה כי לא מדובר בעניינינו בבנייה שכבר בוצעה, בשונה ממקרה של ההיתר הראשון שניתן האמור. אין חולק על כך, אין בפנינו מצב שבו בוצעה בנייה מאסיבית מכוחו של ההיתר (כמו במקרים אליהם מפנה העותרת).

המקרים המוכרים בפסיקה, בהם אומצה הדוקטרינה הנ"ל, הם מקרים בהם הבנייה בוצעה כבר על פי היתר שהוצא והדיון נסוב על שאלת השארת הבנייה על כנה לאחר ביטול תוקפו של ההיתר {ראה למשל עע"מ 7171/11 העמותה למען איכות החיים וסביבה נגד הוועדה המקומית נהריה [פורסם בנבו] (12.8.13)}.

לאור האמור לעיל, נדחית גם טענה זו.

י.ט. סוף דבר

180. וועדת הערר עוסקת בנושאים תכנוניים מובהקים של סיווגי שטחי בנייה בהיתר.

לא מצאתי כי במקרה דנן התקיימו עילות המצדיקות התערבות בית המשפט.

וועדת הערר דנה בטענות הסף באופן מעמיק וראוי ואין להתערב בקביעותיה כי ההיתר חורג מן השטחים המותרים לבנייה במגרש, ועל כן לא ניתן לאשרו אף לא בדרך של הקלה.

לאור האמור, העתירה נדחית.

העותרת תשלם הוצאות משפט בסכום כולל של 7,500 ₪ לכל אחת ואחת מן המשיבות 1, 2, 4, בנפרד (סה"כ יחדיו 22.500 ₪).

המזכירות תמציא העתק פסק הדין לצדדים.

ניתן היום, י"ח כסלו תשע"ח, 06 דצמבר 2017, בהעדר הצדדים.

ניתן אברהם 54678313

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

לראש פסק הדין